

عقد امتياز المرفق العام

B.O.T

(دراسة مقارنة)

الدكتور

إبراهيم الشهاوي

المحامى بالنقض والادارية العليا

وكيل وزارة الاقتصاد

مستشار مصلحة الشركات سابقاً

٢٠٠٣

عقد امتياز المرفق العام

B.O.T

(دراسة مقارنة)

الدكتور

ابراهيم الشهاوى

المحامى بالنقض والادارية العليا

وكيل وزارة الاقتصاد

مستشار مصلحة الشركات سابقاً

١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م

الطبعة الأولى

حقوق الطبع والنشر محفوظة للمؤلف
كل نسخه غير ممهورة بخاتم
وتوقيع المؤلف تعد مسروقة
وتعرض حائزها للمسئولية
القانونية الجنائية والمدنية.

القاهرة

ت : ٤٥٤٩٠٥٤ - ٤٥٤٩١٩٥ - ١٢٣٤١١١١٣.

بسم الله الرحمن الرحيم

"وقل رب زدني علماً"

صدق الله العظيم

إهداء

والدي

إلى من علمني أن خير الناس أنفعهم للناس

والدتي

إلى من علمتني حسن الخلق

زوجتي

إلى من شاركتني الأحلام وبرفقتها هانت مسيرة الأيام

أولادي

إلى أغلى الأمانات
وسبيلي إلى الفوز بالرضي والقبول

ملك

إلى حبيبة القلب وبشارة الزمن الآتي .. حفيدتي

المقدمة

إن واجبات الدولة ومسئولياتها الإدارية تتفاوت بين دولة حراسة وأخرى متدخلة ، ويختص المشرع بتحديد مجالات النشاط التي يكون للإدارة حق ارتيادها وفق ما تراه مناسباً والصالح العام ،،، وفي بداية القرن التاسع عشر قامت الدولة بنفسها ثم بواسطة إحدى الهيئات أو المؤسسات العامة بإنشاء مشروعات مرافق عامة تحت مظلة فكرة " المرفق العام " *« Le Service Public »* بهدف إشباع الرغبة الجماعية لجمهور المنتفعين وتأمين ما يحتاجون إليه من خدمات .

وكثيراً ما عهدت الدولة إلى أشخاص عاديين بمهمة إدارة بعض المشروعات تحت إشراف الحكومة ورقابتها ، وذلك بموجب عقد يبرم بين الإدارة والملتزم لمدة محددة ، بقصد تأدية خدمات عامة لجمهور المنتفعين به مقابل رسم محدد مع الخضوع لنظام قانوني معين ،،، واصطلح على تسميته " التزام أو امتياز المرفق العام " *« La Concession De Service Public »* فيظل مرفق الامتياز بهذه المثابة محتفظاً بصفة العمومية ، والهيئات الحاكمة الكلمة الأخيرة فيما يتصل بتنظيم أعمال مرفق الامتياز وإدارته وانقضائه .

وحينذاك لم يكن يوجد قانون ينظم طريقة منح الامتياز ^(١) إذ كان الرأي السائد فقهاً وقضاً في كل من فرنسا ومصر " أن الالتزام وليد أمر انفرادي تصدره السلطة ماثحة الامتياز بما لها من ولاية أمره " ثم ظهر رأي آخر مفاده " أن الالتزام عقد من عقود القانون المدني ، يخضع لما تخضع له تلك العقود من قواعد وأحكام "

(١) كان أول امتياز عرفته مصر ، هو الامتياز الممنوح في عام ١٨٥١م للمهندس الإنجليزي " جورج ستيفنسون " لإدارة أول خط حديدي في أفريقيا ، يربط بين الإسكندرية والسويس مروراً بالقاهرة أما الامتياز الثاني وأشهرها فكان امتياز حفر قناة السويس البحرية الممنوح للسيد " لوديناند ديليسس " بالفرمان الصادر في ٣٠ سبتمبر ١٨٥٤م ، وعليه ظلت عقود الامتياز في مصر زهاء ٧٢ عاماً دون نص تشريعي يحكمها حتى صدر دستور ١٩٢٣ .

وغدت " فكرة المرفق العام " منذ ذلك الحين محور الدراسات الإدارية بصفة عامة ، ونشاط الإدارة بصفة خاصة ^(٢) .

وتقرر إعمالاً للمادة رقم ١٣٧ من دستور ٢٣ وجوب منح الالتزام بموجب قانون وإلى زمن محدد وهذا نوع من الرقابة البرلمانية على الحكومة في منح الامتياز لا سيما إذا تغلغل فيها العنصر الأجنبي فإنه يمثل خطراً حقيقياً على مصالح الدولة وسيادتها وقد كان هذا هو الدافع الأساسي وراء صياغة نص هذه المادة ^(٣) .

كما نصت المادة رقم ٨٦٨ من القانون المدني الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ أن : " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن . "

وجاء هذا النص استجابة لما استقر عليه رأى الفقه واتجاه القضاء الفرنسي من أن الامتياز وليد فكرة المرفق العام وأنه " عقد مركب " يحتوى على نوعين من النصوص التعاقدية واللاحية ، وقد تولى قضاء المحاكم العالية والمختلطة في مصر اختصاص الفصل في المنازعات الناشئة عن عقد الامتياز إلى تاريخ صدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة مقتدياً فيه إلى حد كبير بنظام مجلس الدولة الفرنسي الذي تمتع باختصاص قضائي بموجب المادة رقم ٥٢ من دستور السنة الثانية وقانون رقم ٢٤ مايو ١٨٩٢ فكانت قراراته أحكاماً تلتزم الإدارة بتنفيذها وكثيراً ما تدخل المشرع الفرنسي وتبنى بنصوص صريحة ما سبق أن أقره مجلس الدولة في قضائه من قواعد ومبادئ ونظريات ولكن هذا الإجراء لم ينل من صفتها الأساسية بأنها ولدت في مجلس القضاء .

^(٢) كان تدخل الدولة في مجال نشاط « *L'activité* » خدمة الأفراد ضيقاً أول الأمر ، ثم أخذ التدخل ينمو ويزداد عن طريق أنظمة المرافق العامة وفق أساليب : " الاستغلال المباشر " « *La Régie Intéressée* » و " الاستغلال المختلط " « *L'économe Mixte* » حتى شمل تدخل الدولة معظم المجالات التي كانت متروكة لنشاط القطاع الخاص ، وتطور الحال إلى تنوع مشروعات المرافق العامة الاقتصادية (الصناعية والتجارية) إلى أن تم تحرير هذه المرافق من وسائل وقود القانون العام ، حتى تصمد أمام منافسة المشروعات الخاصة التي تؤدي خدمات من نفس النوع . ثم تطورت مجالات عقد الامتياز وتعددت صوره ، واحتل مكاناً بارزاً بين مختلف العقود الإدارية ، فصار أشهر العقود الإدارية المسماة .

^(٣) يراجع مؤلف أ. د. / محمد سعيد أمين " العقود الإدارية " ١٩٩٩ دار الثقافة الجامعية ص ١٠٩ .

وقد نهض مجلس الدولة المصري بخطى ثابتة ، وتطور محمود في مجال تحرير المنازعات الإدارية من عقل القضاء العادي وقبضة القانون المدني ، وكان عقد الامتياز أول العقود التي نص المشرع على اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات المتعلقة بها،،، وازدان هذا التطور بصور القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ الذي بمقتضاه صار المجلس صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

ثم صدر أول تشريع في شأن " عقد الامتياز" بموجب القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة ، والذي تعرض في مواده " التسع " إلى تنظيم الالتزام فقط في بعض الجوانب ^(١) وجرى تطبيق أحكامه لسنوات محدودة ، ثم ما لبث أن انحصر تطبيقه في نطاق ضيق بسبب تأميم مشروعات الامتياز . وتكاد تنحصر تطبيقات الامتياز في مصر عبر سنوات التحول الاشتراكي فقط في استغلال بعض موارد الثروة وأهمها المنتجات البترولية .^(٢)

وعلى أثر انهيار النظام الاشتراكي في نهاية القرن العشرين وتحول الدول بخطوات واسعة نحو العولمة آخذة بالاقتصاد الحر ، تعاظم دور الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وأصبح الامتياز وفقاً لآليته الجديدة أنجع وسيلة من وسائل الرأسمالية في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة .

والمقصود بعقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* هو " أن تعهد الإدارة للمستثمر على نفقته ومسئوليته بمهمة إنشاء وإدارة واستغلال مرفق عام لمدة معينة مقابل رسوم يتقاضاها من المنفعين بخدمات مرفق الامتياز مع الخضوع للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الأحكام الواردة في وثيقة الامتياز على أن تنتقل ملكية المرفق بكافة مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل إلى الدولة بعد انتهاء مدة الامتياز المحددة بالعقد " .

وحدث مع ظهور الأزمة الاقتصادية وأزمة الديون خلال الثمانينيات من القرن العشرين ، أن عجزت مصر - شأن غيرها من الدول - عن تدبير الأموال اللازمة

^(١) ورد في ملحق رسالة أ.د /توفيق شحاتة بعنوان " عقد امتياز المرفق العام " ص ٢٧٢ التي قدمت عام ١٩٤٠ إلى جامعة باريس للحصول على الدكتوراه "نص مشروع القانون" الذي سبق وأن قدمه مجلس الوزراء في ١٩٣٩ تمهيداً لإصداره ، وتم سحبه من البرلمان بحجة دراسته من المجلس الاقتصادي الأعلى ، وقد تبين لنا من المراجعة أن نصوص هذا المشروع تطابق تماماً نصوص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧

^(٢) تراجع مؤلف أ.د /سليمان الطماوي " الوجيز في القانون الإداري " ١٩٨٨ دار الفكر العربي ص ٢٩٦ .

لتمويل احتياجاتها المتزايدة لإنشاء المشروعات الاقتصادية والتنمية ، فضلاً عن تجديد وتحديث أعمال البنية الأساسية القائمة ، وانتهى بها المطاف إلى اختيار عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* باعتباره الوسيلة المناسبة في هذا المضمار. ^(٦)

واستناداً إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول ، أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام : ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨م بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة : ١- مطار مرسى علم ٢- مطار الطمين ٣- مطار رأس سدر ، وفق نظام امتياز الـ *B.O.T.* وتم بمجلس الوزراء في ١٩٩٨/٢/٨ توقيع ثلاثة عقود امتياز مع ثلاث شركات مساهمة تأسست خصيصاً لهذا الغرض. ^(٧)

وقد تضمنت عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وملحقاتها العديد من المراحل والخطوات والترتيبات الإجرائية بهدف : تقييم جدوى المشروع من النواحي الاقتصادية والمالية والفنية ، واختيار المتعاقد القادر على النهوض بأعباء ومسئوليات إنشاء مشروع الامتياز وإدارته واستغلاله وفق أحدث النظم المتقدمة ،،، ثم إعداد أحكام وبنود العقد وملحقاته وإقرارها في صياغة قانونية محكمة بما يضمن إحكام الرقابة على الملتزم ، وتنظيم وسائل الفصل في المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، وتحديد القواعد اللازمة لإحلال التوازن المالي والاقتصادي والفني بين طرفي الرابطة العقدية من أجل كفالة تسير مرفق الامتياز بانتظام واطراد طوال مدته مع استمرار صيانتة ، وأيضاً تحديث معداته وأدواته حتى تمام انتقال ملكيته إلى الدولة في حالة جيدة صالحة للاستعمال وفق شروط وأوضاع محددة بوثيقة الامتياز .

^(٦) أصدرت الدولة القوانين ٢٢٩،١٠٠ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ٢٢ لسنة ١٩٩٨ بشأن منح التزامات المرافق العامة لإنشاء محطات الكهرباء والطرق والمطارات والموانئ ، كما أصدرت القانون ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار ضمانات وحوافز الاستثمار بهدف تشجيع وجذب الاستثمارات المحلية والأجنبية .

^(٧) بتاريخ ١٩/١١/١٩٩٨ نشرت هذه القرارات والعقود وملحقاتها بالوقائع المصرية بالعدد ٢٦٤ تابع ، وتلعب (أ) ، وتابع (ب) . وتعد هذه الشركات الثلاث أول مشروعات امتياز أقيمت في مصر منذ خمسين عاماً ، ثم أصدر مجلس الوزراء قراره ٤ لسنة ١٩٩٨ بمنح شركة انترجين سيدي كبري لتوليد الكهرباء التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كبري البخارية لتوليد الكهرباء بنظام الـ *B.O.T.* استناداً إلى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ .

وبحكم الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز يتولد عنه التزامات تبادلية بين طرفي الرابطة التعاقدية إذ يمثل التزام أحد الطرفين حقا للطرف الآخر في نفس الوقت فالتزامات وحقوق الطرفين هما وجهان لعملة واحدة ، الوجه الأول : يخص الإدارة وهي الطرف الأصيل في العقد أما الوجه الثاني : فبحقه يخص الملتزم بوصفه معاونا ونائبا عن هذا الأصيل.

والوجهان على هذا النحو يلتقيان في المسار ويقفان جنبا إلى جنب يدا واحدة تسعى من أجل سير المرفق العام بانتظام واطراد لخدمة المنتفعين به فالنفع العام هو الغاية والقاعدة العامة التي يبنى عليها وتستمد منها المبادئ العامة التي تحكم عقد امتياز المرفق العام ، ومن مقتضيات أعمال هذه القاعدة العامة أن يتم التحقق من توافر المبادئ العامة في مراحل إبرام عقد الامتياز وفي آثاره وانقضائه.

وجدير بالذكر في هذا الصدد أن القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزامات المرافق العامة ، قد احتوى في مواده " الخمس " أحكاما معدودة في شأن عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T ، كما نصت المادة الأولى منه بأنه : "يجوز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المصريين وغيرهم ٠٠٠ وذلك دون التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة وتعديلاته" ، ولهذا بات عقد الامتياز الجديد بهذا النحو يخضع أيضا للمبادئ والأصول العامة المستمدة من أحكام القضاء الإداري وينود العقد المبرم بين الطرفين ، ذلك في ظل غيبة النصوص التشريعية المنظمة لهذا النوع من العقود^(٨) .

ولما كانت السلطة المختصة بإصدار التشريعات تحرص أشد الحرص على تقديم مذكرات إيضاحية مسهبة تفصل فيها القواعد العامة التي تحكم كل تشريع وتوضح الغاية منه ، وإذا كان المشتغلون في ميدان القانون الإداري الحديث النشأة بحاجة ملحة إلى مؤلف في موضوعات العقود الإدارية التي صدر بشأنها عدد من التشريعات المنظمة لها فإن حاجتهم - من باب أولى - تكون أشد إلحاحا إلى مرجع يضم

^(٨) يستين في ضوء أوراق العمل المقدمة لمؤتمر الـ B.O.T. العالمي المنعقد بالقاهرة في يناير عام ٢٠٠١ بحضور الدكتور رئيس مجلس الوزراء والسادة الوزراء المخضين والمستثمرين ما يشير إلى أن عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. - بات يعاظم دوره ويزداد شأنه في الحال والمآل .

الأحكام والمبادئ العامة التي يعتنقها القضاء الإداري في فرنسا ومصر بشأن التزام المرافق العامة لندرة التشريعات المتعلقة بعقد الامتياز ، وكان لقوانين التأمين الصادرة بعد ثورة يوليو عام ١٩٥٢ أثر في عدم استخدام الامتياز كوسيلة لإدارة المرافق العامة في مرحلة النظام الاشتراكي .^(١)

ومن كريم القول أنه يحمد لمجلس الدولة المصري دوره البارز في إرساء العديد من المبادئ والأصول العامة التي أقام عليها قضاءه وفتياه في منازعات العقود الإدارية ، وإن كان عقد الامتياز لم يحظ إلا بقليل منها نتيجة تأمين شركات الامتياز ، لكن ذلك لا يحول دون خضوع عقد الامتياز للقدر المشترك من تلك الأحكام مع سائر العقود الأخرى ذلك القدر الذي يحكم جميع العقود لمجرد كونها عقوداً .
والحقيقة أن عقد امتياز المرفق العام قد مر بتطور منذ نشأته " وليد فكرة المرفق العام " وتنوعت مجالاته وتعددت صورته عبر السنين ، ولكن هذا العقد ظل

^(١) ومصادفا لهذا النظر نقبس هنا ما سبق أن ذكره أ.د. الطماوى في مقدمة كتابه " الأسس العامة للعقود الإدارية ، وذلك حين تصدى للتأليف في موضوع العقود الإدارية عام ١٩٥٧ حيث قال " إذا كان القانون الإداري حديث النشأة فإن موضوعاته العديدة ونظرياته الأصلية ليست على درجة واحدة من تلك الصفة ، ولعل ما يتعلق بالعقود الإدارية هو أحدث نواحي القانون الإداري على الإطلاق ، ولهذا فإن كثيرا من الأحكام الرئيسية التي قيمن على تلك المادة يعتمدها الغموض ويحلق عليها الشك ، وهذه الحقيقة ظاهرة بشكل واضح في فرنسا رغم نضج القانون الإداري فيها ، وهي أوضح من أن تحتاج إلى تدليل في مصر ، ومن هنا كانت صعوبة التصدي للتأليف في هذا الجانب البكر من جوانب القانون الإداري الحديث ، فالحقيقة أنني قد ترددت كثيرا قبل أن أقدم على الكتابة في هذا الموضوع " ! ، وإن نظرة عابرة على المؤلفات التي صدرت في موضوع العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر لكافية لتوضيح وجهة النظر السابقة فرغم غزارة المؤلفات الفرنسية التي تغطي مجالات القانون الإداري ، فإنها شحيحة نسبيا في موضوع العقود الإدارية بالذات ويمكن حصرها في ثلاث مؤلفات رئيسية هي :

- 1) *Jez : principes généraux du droit administratif. (vol.3 1936, tomes 4,5,6).*
 - 2) *G. Pequigont ; théorie generale du contrat administratif ; thèse Montpellier Ed 1945 et les contrats de l'administration, fasc., 500, 505.510 et 515 du Jurisclasseur administratif.*
 - 3) *D. laubader: traite théorique des pratique , contrats administratifs 1956.*
- أما في مصر فليس هناك مؤلف عام واحد في هذا الموضوع أن الرسائل التي تناولت موضوعات ذات علاقة بالعقود الإدارية قدمت كلها باللغة الفرنسية ولم تترجم إلى اللغة العربية مما أفقدها ميزة الانتشار ، ومن هنا كانت حاجة القانون العام الملحة إلى مؤلف عام في موضوع " العقود الإدارية " . هذه الرسائل هي :

- 1) *Tewfik chehata : La concession de service public 1940.*
- 2) *Fouad EL-Attar : La marche de travaux publics 1955.*
- 3) *Sariot Badoui : Le fait du prince dans les contrats admin. 1955.*

أنظر " الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة " ص ٢١ ، ٢٢ دار الفكر العربي ١٩٨٤ .

في مراحل : " إبرامه وتنفيذه وانقضائه" موصولا في الخضوع للقواعد والمبادئ والأصول العامة التي تحكم " المرفق العام " ومن ثم فإن التعرف على مفهوم عقد الامتياز وتطوره في الماضي ، أمر يرتبط بتكييف حاضره ومستقبله ، فكلها مراحل متلاحقة تشكل وحدة واحدة موصولة لا وجه إلى انفصالها ، ومن أجل إثراء البحث تبدو أهمية الإطلاقة التاريخية على تطور مراحل عقد الامتياز^(١٠).

ومن المعلوم أن الثبات أمر يتنافى مع قواعد القانون الإداري خاصة ما يتعلق بعقد الامتياز نظرا لطبيعته التراكمية ، ومن ثم تعرضه كل حين للتغيير والتطوير حسب معطيات التقدم العلمي والتكنولوجي...، وتبدو هذه الطبيعة واضحة الأثر في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* بما تحمله آليته الجديدة من مزايا أخصها توفير وإتاحة فرص اختيار أفضل الأساليب والتقنيات المبتكرة في مجال تمويل وإنشاء وتشغيل وتحديث وتأهيل وإدارة مشروعات امتياز مرافق البنية الأساسية ذات التكاليف المرتفعة ، ومن ثم يصبح هذا العقد بحكم طبيعته الذاتية قابلا للتغيير والتطوير في مختلف جوانبه التنظيمية والتشريعية والاقتصادية ، من خلال تعدد صورته وتنوع أوجه نشاطه في ظل الأخذ بالنظام الاقتصادي الحر وبآليات المنافسة في دوائر الأسواق المفتوحة محليا ودوليا^(١١).

ولما كانت المكتبة القانونية على هذا النحو في حاجة ماسة إلى مرجع يضم شتات مادة عقد الامتياز ، فإن موضوع "عقد امتياز المرفق العام" "دراسة مقارنة" يكون جديرا بالدراسة...، ويعتبر المنهج التأصيلي هو السبيل الأمثل في مجال البحث ، فهذا المنهج لا تقف مسيرته عند حد سرد الحلول القضائية والآراء الفقهية ، بل تمتد مسيرته لتشمل بحث الأساس الذي تستند إليه تلك الحلول والآراء ، مع مراعاة التوفيق بين مقتضيات هذا المنهج ، وبين الطبيعة الإنسانية والمرنة لأحكام القضاء وقواعد القانون الإداري ، وما تتميز به العلاقة بين هذين المصدرين من اتساع

^(١٠) " لا يمكن فهم أي نظام فهما جيدا وتقييمه على الوجه الصحيح إلا من خلال تاريخه " يراجع مؤلف أ.د./عبد الحميد الحفاوى " تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية " ١٩٩٣ الدار الجامعية ص ٢٨.

^(١١) وإذا كان هناك ثمة تداعيات نتيجة أحداث ١١ سبتمبر ٢٠٠١ وأسباب أخرى ، انعكس أثرها السلبى على مسيرة التقدم في مجال إنشاء مشروعات الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* ، وعلى حصيلة إيرادات باكورة مشروعاته العاملة في مجال السياحة والطيران في مصر... فلا يعدو أن يكون ذلك مجرد أمر عارض سرعان ما ينتهي ، وتظل أهمية نظام امتياز الـ *B.O.T.* ضرورة ملحة في مجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية ورفع مستوى الحياة الاجتماعية في مصر

نطاق المرونة بينهما،، آخذين في الحسبان ما تملّيه أحداث الواقع ومتغيراته ، وما ينطوي عليه عقد الامتياز من اعتبارات سيادية ، تفرض على السلطة العامة اتخاذ إجراءات يسود بمقتضاها النص التشريعي على تلك الأحكام ، إما بالتعديل أو العدول عنها ، حين يرى المشرع أن ذلك يتفق والنفع العام ومداه ، ومن ثم تغليب اعتبارات المصلحة العامة (١٢).

وعليه تنقسم خطة الدراسة إلى : باب تمهيدي وثلاثة أبواب رئيسية:

باب تمهيدي: " نظرة عامة في مفهوم عقد الامتياز و تطوره "

نتناول في الفصل الأول : مفهوم عقد الامتياز في فرنسا ومصر ، والتعريف به في ضوء رأى الفقه وأحكام القضاء وعلى صعيد التشريعات الصادرة في شأنه ، وبيان طبيعته القانونية.

ونتناول في الفصل الثاني : تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا ومصر وتنوع مجالاته وتعدد صوره ، ثم نلقى الضوء على عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. : أولا : بتعريفه - ثانيا : التمييز بينه وبين العقود المشابهة - ثالثا : الجوانب الشرعية المتعلقة به - رابعا : آثاره المالية والاقتصادية - خامسا : أهمية إصدار تشريع ينظم أحكام هذا العقد وتطوير التشريعات العربية في مواجهة التغيرات القانونية المصاحبة للعولمة - سادسا : أهمية الاستقرار القانوني والأمن التشريعي في عقود امتياز الـ B.O.T. ،،، ونتناول في فروع ثلاثة : تطور طبيعة عقد الامتياز في مصر - تطور حقوق كل من السلطة مانحة الامتياز والملزم - تطور نظام التحكيم في منازعات عقد الامتياز في مصر .

الباب الأول: " إبرام عقد الامتياز "

في الفصل الأول : " كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز " نتناول دراسة مبادئ: العلانية والمنافسة الحرة والشفافية والمساواة ، حرية الإدارة في اختيار المتعاقد ، قواعد إعداد مشروع العقد ، القيود السابقة على التعاقد ، ودور الشكل في إبرام العقد والترخيص به ، والآثار المترتبة على إبرام العقد والتخلف عن إبرامه

(١٢) ويقول علماء الأصول في هذا الصدد " إذا تحققت المصلحة فحتم شرع الله "

وفي الفصل الثاني : كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* نتناول دراسة: تكيف الطبيعة القانونية للاختيار ، وإعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والفنية والمالية ، وطلب التأهيل وطلب العروض وتقييم العطاءات واختيار أفضلها ، ومرحلة المفاوضات والصياغة القانونية وأهميتها ، وإعداد وصياغة مشروع العقد ، والتصريح بالتعاقد ، وإبرام العقد والقرار الصادر من مجلس الوزراء بمنح الالتزام .

الباب الثاني: " آثار عقد الامتياز "

في الفصل الأول: نتناول في ثلاثة مباحث دراسة : التزامات وحقوق طرفي عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* وتتضمن حقوق والتزامات المتعاقد وحقوق وسلطات الإدارة والتزاماتها ، ثم التوازن المالي لعقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* المبحث الأول : بيان حقوق الملتزم المتمثلة في الحصول على المقابل المادي المقرر له ، والقواعد العامة في تحديد وتعديل الرسم ، ، التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه ، واحترام مدد التنفيذ.

المبحث الثاني: سلطات الإدارة والتزاماتها في عقد الامتياز - تبدو سلطة الإدارة واضحة في مجالات : الرقابة على الملتزم من النواحي الفنية والمالية والإدارية ، ورقابة أعمال الصيانة والتجديد ، وحدود الرقابة وأهدافها ، وحق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها ، وأنواع الجزاءات المالية والضاغطة وحالات الفسخ والجزاءات الجنائية ، وتعديل العقد وأساس ذلك ومداه.

وتتمثل دراسة تحديد التزامات الإدارة في: تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وفق مبدأ حسن النية ، واحترام شروط العقد الصريحة والضمنية ، والتزامها بعدم التقاعس والتسويق في تنفيذ التزاماتها ، واحترام مدد التنفيذ ، وبيان الجزاء الموقع عليها في حالة المخالفة وطبيعة هذا الجزاء ، والخضوع لرقابة القضاء .

المبحث الثالث: التوازن المالي لعقد امتياز المرفق العام وامتياز الـ *B.O.T.* نتعرض لدراسة كيفية إحلال التوازن المالي في ظل الظروف المتوقعة وغير المتوقعة ، ومدى مساهمة نظريات فعل الأمير ، والظروف الطارئة ، والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وإقرار حق الملتزم في المعاملة المؤقتة والتعويض الكامل أو المحدود ، وكيفية حسابه ، وحدود التنظيم الاتفاقي للتعويض ومداه .

وفي الفصل الثاني: " آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير " ندرس : التزامات المنتفعين وحقوقهم في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* ، والحقوق التي يستمدّها الغير من النصوص المدرجة في عقد الامتياز ، والأساس القانوني لامتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير ، من خلال التعرض لنظرية الاشتراط لمصلحة الغير ، وبيان الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كمبرر لامتداد آثاره إلى الغير .

الباب الثالث: "نهاية عقد الامتياز"

الفصل الأول: نتناول بالدراسة في ثلاثة مباحث : النهاية الطبيعية للعقد باتّهاء مدته وحالات تجديد وامتداد عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* وفي الفصل الثاني: النهاية المبسّرة للعقد من حيث أحوال استرداد الالتزام الفسخ إسقاط الالتزام وطبيعته القانونية وشروط ممارسته والآثار القانونية المترتبة عليه.

ونتناول أيضا دراسة رقابة القضاء على قرارات الإدارة بانهاء عقد الامتياز من حيث أوجه المشروعية وموازنة مبدأ المشروعية والملاءمة والغلط البين في التقدير ومدى استيفاء قرار الإنهاء لشرط التسبب واتخاذ الإجراءات التمهيدية.

وفي الفصل الثالث : نتعرض لدراسة أحكام التصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام ، والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* في حالتَي النهاية الطبيعية والنهاية المبسّرة ، ومصير الأموال والأدوات المتعلقة بمرفق الامتياز ، وتصفية الحسابات بين الطرفين. وقبل الخاتمة نتناول الآراء التي قيلت في تقدير وسيلة الالتزام (الامتياز) في مصر ، والتوصيات الصادرة من المؤتمر الدولي المنعقد بالقاهرة في شأن الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وأخيرا الخاتمة.

والله ولي التوفيق ،،

إبراهيم الشهاوي

باب تمهيدى

**"نظرة عامه في مفهوم
عقد الامتياز و تطوره"**

" نظرة عامة في مفهوم عقد الامتياز وتطوره "

تمهيد وتقسيم :

إن واجبات الدولة ومسئولياتها الإدارية تتفاوت - بصفة عامة - بين دولة حارسة وأخرى متدخلة بحسب المبدأ السياسي والاجتماعي الذي تسير عليه ويتولى المشرع حال تدخلها تحديد مجالات النشاط التي يحق لإدارة ارتيادها وتلبية احتياجات عامة للمواطنين من تلك الأنشطة وذلك استناداً إلى فكرة المرفق العام^(١٣). وقد تطورت فكرة المرفق العام فأصبحت طابعاً تتسم به أحكام مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر ، حيث أقامت الدولة أو الهيئات والمؤسسات العامة مشروعات مرافق عامة بهدف إشباع الرغبة الجماعية للجماهير ، وتأمين ما يحتاجونه من خدمات ، وكثيراً ما عهد الحكام إلى شخص عادي مهمة إدارة تلك المشروعات ، واصطلح على تسمية ذلك التزام (أو امتياز) المرفق العام « *La Concession De Service Public* » فيبقى المرفق محتفظاً بصفة العمومية ويكون للهيئات الحاكمة الدور الأساسي في تنظيم أعماله وإدارته وانقضائه . والمسلم أن إنشاء أو إلغاء المرافق العامة هو من سلطات الإدارة تستصرف فيه بمطلق حريتها وتقديرها ، حسبما يترأى لها أنه يتفق والمصالح العام ، فلا يمكن للأفراد إجبار الإدارة على إنشاء مرفق عام بحجة كونه ضرورياً ، أو الاعتراض على إلغاء مرفق عام آخر استناداً إلى حق مكتسب يدعى به^(١٤).

وكان تدخل الدولة في مجال نشاط *L'activité* خدمة الأفراد ضئيلاً في أول الأمر ، ثم صار تدخلها ينمو ويزداد عن طريق أنظمة المرافق العامة وفق أساليب : الاستغلال المباشر « *La Régie Intéressée* » ، أو الاستغلال المختلط « *L'économe Mixte* » وأدى هذا التطور إلى تنوع مشروعات المرافق العامة

(١٣) يراجع مؤلفاً أ.د / ربيع أنور فتح الباب " القانون الإداري القطري والمقارن " ١٩٩٣ دار النهضة العربية ص ٢٣٩ .
و " دروس في الإدارة العامة " ١٩٨٧ جامعة عين شمس ص ٨٤ .
(١٤) يراجع مؤلف العميد أ.د / سليمان الطماوي " الوجيز في القانون الإداري " دار الفكر العربي ص ٩٦ .

الاقتصادية (الصناعية والتجارية) ، وتحريرها من قيود القانون العام حتى تصمد أمام منافسة المشروعات الخاصة التي تؤدي خدمات من نفس النوع. (١٥)

ثم اتجهت مصر مؤخراً وبِعزم شديد نحو السوق المفتوح محلياً وأجنبياً بإصدار قوانين لإنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة في إطار الآلية الجديدة وهي " عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. " (١٦) ومن ذلك القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ الصادر في شأن منح التزام المرافق العامة ،،، وبناء عليه نلقي الضوء على مفهوم وتطور عقد امتياز المرفق العام بكل من فرنسا ومصر في فصلين :

الفصل الأول

" مفهوم عقد امتياز المرفق العام "

الفصل الثاني

" تطور مفهوم عقد امتياز المرفق العام "

(١٥) يستعمل اصطلاح " مرفق عام " للدلالة على معنيين (أ) : نشاط " *activité* " من نوع معين تقوم به الإدارة لصالح الأفراد ، (ب) المنظمة أو الهيئة التي تقوم بهذا النشاط السابق *Organisme* والمعني الأول هو المقصود في هذا المقام أنظر العميد المرحوم أ.د / سليمان الطماوي في الوجيز المرجع السابق ص ٢٩٦ ، ومؤلف أ.د. محمد أنس قاسم جعفر " الوسيط في القانون العام " ١٩٨٥ ص ٢٢٥ وأ.د سامي جمال الدين " أصول القانون الإداري " ١٩٩٦ دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية ص ٦٠٢ ، ومؤلف أ.د. محمد عبد الحميد أبو زيد " المرجع في القانون الإداري " ١٩٩٩ النهضة العربية بالقاهرة ص ٦٦٥ .

(١٦) *B.O.T.* اختصار عبارة *Build operate & transfer* (الإنشاء والتشغيل ثم نقل الملكية).

الفصل الأول

" مفهوم عقد امتياز المرفق العام "

ونتعرض في هذا الفصل لدراسة مفهوم عقد امتياز المرفق العام من خلال التعريف به وبيان طبيعته القانونية في بحثين :

المبحث الأول

" التعريف بعقد الامتياز "

المبحث الثاني

" الطبيعة القانونية لعقد الامتياز "

المبحث الأول

" التعريف بعقد الامتياز "

في هذا المبحث نلقي الضوء على آراء الفقه وأحكام القضاء والتشريعات الصادرة في خصوص التعريف التقليدي لعقد الامتياز في كل من فرنسا ومصر :

• **التعريف التقليدي لعقد الامتياز في فرنسا :**

"اتفاق تحمّل فيه الإدارة الملتزم المتعاقد معها ، وهو شخص من أشخاص القانون الخاص مهمة إدارة وتسيير مرفق عام على مسؤوليته ومتحملاً مخاطرة مقابل الحصول على رسم من المنتفعين بخدمات المرفق" ^(١٧) .
ويعرف الفقه الفرنسي امتياز المرفق العام بأنه ^(١٨) :

« Il ya une concession d'un service public lorsqu'une personne publique a l'etorité concédant) confie contractuellement la charge d'assurer pendant une durée' déterminée, l'exécution du service à une personne . Qu'elle a librement choisi (le concessionnaire). Il faut ajouter que selon la conception classique et stricte risques conformément aux prescriptions d'un cachier des charges et que sa rémunération resulte du porduit des redevances qu'il perçoit conformément a,un trif sur les usagers du service »

^(١٧) مؤلف أ.د /سعاد الشراقوي في " العقود الإدارية " ١٩٩٩ دار النهضة العربية ص ٤٩ ، وهذا التعريف من وضع الفقه إذ لا يوجد تعريف تشريعي أو قضائي في فرنسا .

^(١٨) مؤلف أ.د محمد سعيد حسين أمين في " العقود الإدارية " المرجع السابق ص ٩٩ والمهدف من ترديد التعريفات التقليدية لعقد امتياز المرفق العام في كل من فرنسا ومصر بيان ما طرأ عليها من تطورات حديثة ، وانظر مؤلف الأستاذة "فيلد" و "ديلفولفيه" في القانون الإداري طبعة ١٩٨٨ ص ١١٣٣ ، ١١٣٤ .

« C'est un procédé par lequel personne publique; dite autorité concédante, confie à une personne physique ou morale appelée concessionnaire le soin d'instance et de gérer un service public sous le contrôle de l'autorité concédante, moyennant une rémunération qui consiste le plus souvent dans les redevances que le concessionnaire percevra sur les usagers du service » .

٤- التعريف التقليدي لعقد الامتياز في مصر :

١- تعريف الفقه : " هو عقد إداري يتولى الملتزم - فردا كان أو شركة- بمقتضاه وعلى مسئوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنفعين ، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة ، فضلا عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز " ، أو أنه " طريقة تعهد بمقتضاها الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محددة ، وذلك عن طريق عمل وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسئوليته في مقابل تقاضي رسوم من المنفعين بهذا المرفق العام " . (١٩)

٢- التعريف التشريعي : عرف القانون المدني المصري عقد التزام المرافق العامة بأنه : " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صبغة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق ، وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن " . (٢٠)

٣- التعريف القضائي : عرفه قسم الرأي بمجلس الدولة المصري في فتواه رقم ٣٦٩ الصادرة في ١٦ ديسمبر ١٩٤٩ بأنه : " عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه وعلى مسئوليته بإدارة مرفق عام متحملا مخاطره ، وما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر ، ويمنح في سبيل ذلك مؤقتا بعض السلطة العامة ، وذلك مقابل جعل يؤوله إلى جهة الإدارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق " . (٢١)

وعرفته المحكمة الإدارية العليا : "إن التزام المرفق العام ليس إلا عقدا إداريا يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه القيام على نفقته وتحت مسئوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية طبقا للشروط التي توضع لأداء

(١٩) يراجع مؤلف المرحوم أ.د. /الطماوى " الأسس العامة للعقود الإدارية " المرجع السابق ص ٩٦ .

(٢٠) أستاذنا د /محمد سعيد أمين في " العقود الإدارية " ١٩٩٩ دار الثقافة الجامعية ص ٩٨ .

(٢١) حكم محكمة القضاء الإداري السنة العاشرة (مجموعة الأستاذ المستشار سمير أبو شادي) ص ٩٧

خدمة عامة للجمهور مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة المرفق العام ولا يكون إلا لمدة محددة ويتحمل الملتزم المشروع وأخطاره المالية . ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين " . (٢٢)

ويبرز التعريف التقليدي لعقد امتياز المرفق العام ثلاثة أمور أساسية :

- دور أشخاص القانون الخاص في إدارة المرافق العامة عن طريق الامتياز .
- اتصال عقد الامتياز بإدارة المرافق العامة الاقتصادية .
- تحمل الملتزم النفقات المالية لتسيير مرفق الامتياز . (٢٣)

(٢٢) المستشار حمدي ياسين عكاشة منشأة المعارف بالإسكندرية عام ١٩٩٨ " العقود الإدارية في التطبيق العملي " ص ٥٣٣ الطعن رقم ٣٩٧ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٩٠/٢/٢٠ .

(٢٣) مؤلف أ.د / محمد سعيد حسين أمين في العقود الإدارية المرجع السابق ص ١٠٠ . وقد حدث تطور في التعريف التقليدي لعقد الامتياز في هذه الأمور لثلاثة إلا أن التعريف التقليدي ما يزال يحتفظ بقيمته حتى الآن

"الطبيعة القانونية لعقد الامتياز"

يوصف القانون الإداري بأنه قانون قضائي ، لأن حرية القاضي الإداري في استخلاص قواعده أوسع بكثير من حرية القاضي العادي في سائر القوانين الأخرى ، فقد استطاع القاضي الإداري أن يدخل في عالم القانون قواعد هي في حقيقتها من صنعه ، حتى أصبح دوره مكملًا للتشريع لعدم وجود تقنين عام وشامل في مادة القانون الإداري ، وما يزال باب الاجتهاد مفتوحا ليوافق التطور ، فالثبات يتنافى والكثير من قواعد القانون الإداري خاصة ما يتعلق بعقد الامتياز ذي الطبيعة التراكمية لتعرضه للتغيير والتطوير في جوانبه التنظيمية والتشريعية والاقتصادية حسب معطيات التقدم العلمي والتكنولوجي .^(٢٤)

وقد أصبحت الأحكام الإدارية معينا أصيلا تستقي منه مبادئ القانون الإداري ، ومن وجه آخر يهتم الفقه الإداري بترتيب تلك الأحكام والتعليق عليها، ورد التشريعات والأحكام معا إلى أصول عامة لتشمل جوانب المادة بأسرها، فأصبح قضاء مجلس الدولة يتعاملون في مجال القانون الإداري ومصادره بقضاء متوال مستقر بعد إنشاء المجلس عام ١٩٤٦ .

وفي ضوء ذلك يتسنى تكييف عقد الامتياز من خلال تقييم عناصره وخصائصه الذاتية ، ويرى الفقيه " ديجي " *Duguit* أن الالتزام عقد مركب يحتوي على نوعين من الشروط :

أ) شروط تعاقدية *Clauses Contractuelles* : تحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وتتناول الأعباء المالية المتبادلة بين مانح الالتزام من ناحية والملتزم

^{٢٤} هذا شأن القاضي الإداري حيث يخلق القواعد القانونية التي تحكم المنازعات الإدارية مستوحيا في ذلك المبادئ التي تنق و طبيعة روابط القانون العام ، وبالتالي فهو لا يتعهد بحلول جامدة مؤلف أ.د / محمد سعيد حين أمين في العقود المرجع السابق هامش ص ٢٢ .

من ناحية أخرى ، وهي شروط لا تهم المنتفعين مباشرة كمدة الامتياز وكيفية الاسترداد ، والأحكام الخاصة بتنفيذ الأشغال العامة التي يقتضيها الالتزام . (٢٥)

ب) شروط لائحة *Clauses Réglementaires* : لا يقتصر أثرها على الملتزم بل تمتد إلى المنتفعين خاصة تلك المتعلقة بتنظيم المرفق العام وسيره كتحديد الرسوم التي يجوز تحصيلها ، والإجراءات الكفيلة بالمحافظة على سلامة المنتفعين وشروط الانتفاع بالخدمة التي يقدمها المرفق ... الخ . (٢٦)

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري : (٢٧) " أن الدولة مكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة ، فإذا عهدت أمر القيام بها لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإجابة أو بعبارة أخرى هذه الطريقة الغير مباشرة لإدارة المرفق العام ، لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام ، بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل .

ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يخول الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة تقتضيها قيام المرفق واستغلاله لهذا المركز اللائحي هو الذي يسود العملية بأسرها " .

" أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعاً له ، وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لائحية جديدة تمس الالتزام وأنه ولو أن الشروط اللائحية تتقرر باتفاق بين السلطة ماثحة الالتزام والملتزم إلا أن هذا الاتفاق ليس عقداً ولا يترتب عليه التزامات دائنيه ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزاً قانونياً أو لائحياً فإن حق الدولة في التعديل بإرادتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل " .

(٢٥) أنظر أ.د / عصمت الشيخ " مبادئ ونظريات " ص ١٩٠ ، ولزبد من الغصيل يراجع مؤلف أ.د / ثروت بدوي " النظرية العامة في العقود الإدارية " ١٩٧٦ دار النهضة العربية القاهرة ص ١١٨ .

(٢٦) مؤلف أ.د / محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ١٠٤ ، ١٠٥ ، كما يراجع مؤلف أ.د / فؤاد المطار في القانون الإداري ١٩٧٦ ص ٥٨١ وما بعدها .

(٢٧) حكمها الصادر بتاريخ ٢٧ يناير ١٩٥٧ رقم ١٣٦٧ لسنة ٧ ق

وقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا أن تؤكد ذات التكيف حيث تقول : " ومن حيث أن المسلم به فقهاً وقضاً أن شروط عقد التزام المرفق العام تنقسم إلى نوعين : شروط لائحية وشروط تعاقدية . والشروط اللائحية فقط هي التي يملك مانح الالتزام تعديلها بإرادته المنفردة في أي وقت وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة ، دون أن يتوقف ذلك على قبول الملتزم ، والمسلم به أن التعريفة أو خطوط السير وما يتعلق بهما من الشروط اللائحية القابلة للتعديل بإرادة مانح الالتزام المنفردة . غير أنه وإن كان استعمال مانح الالتزام لحقه في تعديل قواعد التعريفة أو خطوط السير لصالح المنتفعين ، إلا أن إثثار الصالح العام على الصالح الخاص للملتزم ليس معناه التضحية بهذه المصالح الخاصة ، بحيث يتحمل الملتزم وحده جميع الأضرار ، فإذا ترتب على مثل هذا التعديل أضراراً بالملتزم فعلى مانح الالتزام أن يعرضه بما يحير هذه الأضرار ، ولقد أخذ المشرع المصري بما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الصدد إذ نصت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة على أنه : "لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام وقواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك بمراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل". (٢٨)

وبالابتداء على ما تقدم فإنه إذا كان من حق المجلس البلدي (مانح الالتزام) أن ينقل موقف الأتوبيس من ميدان خارج المصيف إلى جوار نقطة الشرطة داخل المصيف ابتغاء صوالح رواد المصيف فإن ذلك ينطوي على تعديل لدائرة الالتزام ونطاقه على وجه مؤثر على خطوط السير ، وبالتالي على شروط التعريفة على ما سلف البيان ، ويلحق بالملتزمين خسارة من جراء انصراف رواد المصيف القادمين من القاهرة عن استعمال الوحدات التي أعدها الملتزمان لنقلهم إلى داخل المصيف .

وتقدر المحكمة التعويض الذي يجبر هذه الخسارة بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه عن سنتي ١٩٥٨ ، ١٩٥٩ السابقين على إسقاط الالتزام بمراعاة أن المجلس البلدي وافق في ٤ من أبريل ١٩٥٩ على السماح للأتوبيس القادم من دمياط بدخول أرض

^(٢٨) مجموعة المبادئ القانونية لحكمة الإدارية العليا في خمسة عشر عاماً ١٩٦٥ ، ١٩٨٠ ص ١٩٢٤

المصيف علاوة على الأتوبيس القادم من القاهرة بما يزيد من الخسارة التي تلحق
الملتزمين في موسم ١٩٥٩ .^{٢٩}

وإذا كانت العبارات السابقة لحكم المحكمة الإدارية العليا قد أكدت على
الطابع المركب لعقد الامتياز ، من حيث احتوائه على شروط تعاقدية
وأخرى لائحية ، فقد ركزت تلك العبارات أيضاً على فكرة التوازن المالي
للعقد الإداري ، وضرورة الحفاظ عليها في مجال تنفيذ عقد الالتزام
فاستعمال الجهة مانحة الامتياز لحقها ، وسلطاتها في تعديل التزامات
المتعاقدين معها على نحو يخلل معه التوازن المالي لعقد الامتياز ينبغي أن
يقابل بتعويض الملتزم عما أصابه من أضرار من جراء ذلك التعديل.^(٢٩)

^(٢٩) مؤلف أ د / محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ١٠٨ .

الفصل الثاني

" تطور مفهوم عقد الامتياز "

تمهيد وتقسيم : (٣٠)

يعتبر القانون الإداري حديث النشأة ، وتعد فرنسا من بين أوائل الدول التي اكتمل فيها هذا القانون أو قارب التمام ، إذ بموجب قانون ٢٤ مايو سنة ١٨٩٢ تم وضع أساس مجلس الدولة الفرنسي « *Le Conseil D'Etat* » وبمقتضاه تمتع المجلس باختصاص قضائي تام فاستطاع أن يبرر وجوده ، وأن يدعم مكانته لدى المواطنين والإدارة علي حد سواء فكلت قراراته أحكاما تلتزم الإدارة بتنفيذها . (٣١)

ومنذ اللحظة الأولى لرج هذا المجلس على أن ينظر إلى الأمور من أفق أوسع رحابه بحسبان أن القضاء العادي يهدف إلى تحقيق المصالح المتساوية بين الأفراد ، ويسغني في المقام الأول الفصل في المنازعة المطروحة عليه بتطبيق أحكام القانون المدني مكتمل البنيلن ، أما القضاء الإداري فقد أدرك أن له دوراً أخطر أثراً وأبعد مدى ، وهو أن يصل إلى نقطة التعادل بين المحافظة على حقوق الأفراد وحررياتهم المشروعة وبين تحقيق ما يستلزمه حسن الإدارة ، وتمكين رجالها من الإشراف على انتظام سير المرافق العامة.

من هنا بدأ التحول والتطور في تاريخ القانون الإداري الفرنسي وحاز مجلس الدولة رضا الإدارة والأفراد على السواء ، فكثيراً ما تدخل المشرع وتبنى بنصوص تشريعية صريحة ما سبق أن أقره المجلس في قضائه من قواعد ومبادئ ونظريات ، لهذا ارتبط تاريخ القانون الإداري في فرنسا بتاريخ مجلس الدولة فيها بحيث لا يمكن الكلام عن أحدهما دون الكلام عن الآخر ، ولكن القانون المدني ظل هو المرجع الأول للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة والأفراد . (٣٢)

(٣٠) لمزيد من التفاصيل أنظر مؤلف العميد المرحوم أ.د. /الطماوى في الوجيز المرجع السابق ص ٦ وما بعدها

(٣١) يراجع مؤلف أ.د. ربيع أنور فتح الباب في " القانون الإداري القطري والمقارن " المرجع السابق ص ١٩٩

(٣٢) بموجب القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ أنشئ مجلس الدولة المصري مقتدياً بالنظام الفرنسي إلى حد كبير

وغنى عن البيان أن وظيفة الإدارة - وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات - تنحصر في السهر على تنفيذ القانون فيما يلي :

(١) مراقبة النشاط الفردي : تمارس الإدارة نشاطها في هذا السبيل عن طريق سلطات البوليس التي تستهدف حماية النظام العام *L'ordre Public* بمدلولاته الثلاثة وهي الأمن العام *écurité Publicé* و الصحة العامة *La Salubrité Publique* والسكينة العامة *La Tranquille Publique*.

(٢) التدخل بالوسائل المساعدة بمد يد المساعدة للمشروعات الخاصة التي تؤدي للجماهير منافع أساسية باستعمال وسائل القانون العام .

(٣) التدخل بإنشاء مشروعات المرافق العامة إذ تتدخل الإدارة بنفسها لإشباع حاجه من الحاجات العامة ، إذا ما قدرت أن المصلحة العامة تستلزم تدخلها لإشباع تلك الحاجة ، حينذاك يأخذ نشاط الإدارة في الغالب صورة المرفق العام .

ومن هذه الصور الثلاث يتكون نشاط الإدارة وتأخذ كل دولة بقدر متفاوت من كلي منها وفقاً لظروفها الاجتماعية .

وكان مقتضى الأخذ بفكرة المرفق العام كأساس في القانون الإداري . أن تطورت وظيفة الدولة من دولة حارسه إلى دولة متدخلة تقدم للأفراد خدمات أساسية كاللتعليم والنقل والسكك الحديدية والكهرباء والغاز . إلخ في شكل مشروعات تُنشئها وتُسيرها أو تُشرف على تسييرها بما يكفل تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله .

وحينذاك تجلى أمام الإدارة حاجة ماسة إلى قانون مستقل وفق مبادئ قوامها مقتضيات حسن سير المرافق العامة بحيث تستطيع الإدارة من خلاله أن تُعدل في نظمها من أجل تلبية ما تتطلبه احتياجات المنتفعين من المرافق العامة (٣٣).

وعلى ذلك أخذ معيار " المرفق العام " مساره استناداً إلى أحكام صدرت عن مجلس الدولة الفرنسي ومبادئ أرسنها محكمة التنازع ازدان بها حكم بلانكو الشهير في ٨ فبراير سنة ١٨٧٣ ، وحكم مجلس الدولة في ٦ فبراير سنة ١٩٠٣ في قضية

(٣٣) يتميز القانون الإداري الفرنسي بوجود قاضي خاص للإدارة يطبق قانوناً خاصاً هو القانون الإداري ، وحين اتضح أن الدولة لا تبدو في جميع تصرفاتها بمظهر السلطة العامة التي تصدر عن إرادة الإدارة الآمرة ، وهذه تحكمها قواعد القانون الإداري . أما التصرفات العادية فليس هناك ثمة مقتضى لأن تعامل معاملته استثنائية ، والقاضي الإداري لم يكن مقيداً بحلول محددة في مجموعة أو أخرى مثل الحال في المجموعة المدنية أو المجموعة التجارية . يراجع في ذلك مؤلف أ.د / ربيع أنور فتح الباب في " القانون الإداري القطري والمقارن " المراجع السابق ص ٢٠٢ وما بعدها

Terrier وحكمه الصادر في ٤ مارس ١٩١٠ ، وكان المعيار من ذلك هو تنفيذ مهمة المرفق العام « *Critère De L'exécution Du Service Public* » ، ثم ما لبث أن تحول هذا المعيار إلى المشاركة أو المساهمة في المرفق العام « *Participation Ou Service Public* » تلك الفكرة التي ظهرت في تقرير المفوض *Blum* بمناسبة قضية شركة الجرائد فوج ، ومنذ ١٩١٤ بدأ نشاط الإدارة يتسع مداه في اتجاهين : الأول : ارتداد الإدارة مجال النشاط الفردي واستحداث المرافق العامة ذات الطابع الاقتصادي ، والثاني : السماح للأفراد أن يعاونوها بمشروعات امتياز المرافق العامة بحيث تستفيد من وسائل القانون العام ، كلما كانت لازمة ومفيدة لها في أدائها لوظائفها. (٣٤)

ورغم اتساع فكرة المرفق العام وشمولها لكل نشاط إداري ذي نفع عام إلا أن القضاء الفرنسي وعلى رأسه محكمة التنازع يرفض اعتبار إدارة الدولة لدومنيها الخاص من قبيل المرافق العامة. (٣٥)

وغنى عن البيان أن وسائل إدارة المرافق العامة ، قد تعددت من حيث درجة التدخل ، فمنها ما ينطوي على هيمنة الدولة بصورة تامة كما في حالة الاستغلال المباشر *La Régie Directe* ومنها ما نقل فيه درجة رقابتها، وبين هاتين الطريقتين طرق أخرى مشتقة تتفاوت فيها مدى رقابة الدولة. (٣٦)

وكان التزام (أو امتياز) المرافق العامة « *Le Concession de Service Public* » أن تعهد الإدارة (الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية) إلى أحد الأفراد أو

(٣٤) مؤلف أ.د. / محمد حسين أمين في العقود الإدارية مرجع سابق ص ٣٧ ، ٣٨ ، وحكم مجلس الدولة الفرنسي في ٣١ يوليو ١٩١٢ قضية *Société des granits porphyroïdes des Vosges* المجموعة ص ٩٠٩ والتعليق على الحكم بمجلة القانون العام الفرنسية عام ١٩١٤ ص ١٤٥ للأستاذ جيز ، وأ.د. / فواد العطار في القانون الإداري مرجع السابق ص ٥٧٧ ، ورسالته بالفرنسية " عقد الأشغال العامة " جامعة باريس ١٩٥٥ ص ١٨ .

(٣٥) انظر مؤلف أ.د. / محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٦٢

(٣٦) وهذا بعكس ما كان متبعاً في الماضي حين كان يترك لبعض الأفراد إدارة مرافق إدارية بحتة كجباية الضرائب فكأن يتولاها ملتزم " نظير دفع مبلغ إجمالي للدولة ، كما كانت شركات الاستثمار الكبرى كشركة الهند الشرقية تسولي إدارة جميع مرافق البلاد المحتلة " .

الشركات بإدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله لمدة محدودة ، وذلك عن طريق عمل وأموال يقدمها الملتزم وعلى مسئوليته في مقابل تقاضى رسوم من المنتفعين " . (٣٧)

وما تقدم بيان موجز عن نشأة وتطور كل من : القانون الإداري ومجلس الدولة الفرنسي وفكرة المرفق العام حتى أوائل القرن العشرين ، وهذا البيان يعد لازماً

للمبين :

« الأول : أن القانون الإداري وأحكام مجلس الدولة الفرنسي هما المصدر الرئيسي لمجلس الدولة المصري في مجال المنازعات الإدارية .

« الثاني : أن عقد الامتياز وليد فكرة المرفق العام ، وما يزال هذا العقد في مجال نشأته وتنفيذه وانقضائه موصولاً في الخضوع للقواعد والمبادئ والأصول العامة التي تحكم تنظيم المرفق العام .

ولا شك أن الوقوف على تطور عقد الامتياز في الماضي (٣٨) أمر يرتبط بتكييف حاضره ومستقبله ، وهي مراحل متلاحقة تشكل وحدة واحدة موصولة ،،،، ومن أجل إثراء البحث تبدو أهمية الإطلالة التاريخية على مراحل تطور عقد الامتياز ، لهذا نتناول في بحثين دراسة تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا ومصر :

المبحث الأول

" تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا "

المبحث الثاني

" تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر "

(٣٧) أنظر لمزيد من التفاصيل العميد أ.د. /الطماوى ص ٢٨٧ وما بعدها في الوجيز المرجع السابق . ويقول أ.د. /توفيق شحاتة في رسالته ص ٦ " أن اصطلاح الامتياز في القانون الإداري اصطلاح غامض ، ويتسع لعدد كبير ومتباين من الأعمال والأوضاع الإدارية ، وظهرت كلمة الامتياز بالمفهوم الحديث متأخرة نسبياً وتستخدم لوضع بعض القواعد الإجرائية الفنية بغرض استغلال الثروات العامة أو تنفيذ المشروعات أو تنظيم وتشغيل المرافق العامة مثل امتياز واستغلال المناجم والطاقة الهيدروليكية والأشغال العامة والمرافق العامة " .

(٣٨) أنظر أ.د. /عمر ممدوح مصطفى " أصول تاريخ القانون " ١٩٥٤ الإسكندرية ص ٤٦ ويقول بأن " تقييم أي نظام وفهمه على الوجه الصحيح إنما يتم من خلال إطلالة تاريخية على تطور هذا النظام " .

" تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا "

تقديم وتقسيم :

ظل الرأي السائد في الفقه الفرنسي " أن الالتزام وليد أمر انفرادي تصدره السلطة ماثحة الامتياز بما لها من ولاية أمره ^(٣٩)، ويرضخ له الملتزم اختياراً لقبوله شروط الالتزام " ^(٤٠).

وهذا الرأي وإن كان يحتفظ للإدارة بحقها في التدخل والتعديل في قواعد الالتزام وإغالبه إذا اقتضى الأمر ذلك دون ما حازه لرضاء الطرف الآخر إلا أنه يُغفل جانب الملتزم ويهدر حقه كطرف ثلث في عقد الامتياز ، لذا أهمل مجلس الدولة الفرنسي هذا الرأي والمستمد من فكرة السلطة العامة ، وأيد " فكرة المرفق العام " كما جاء في حكم *Terrier* الصادر في ٦ فبراير ١٩٠٣. ^(٤١)

ثم اتجه الرأي بأن عقد الامتياز من عقود القانون المدني يخضع لما تخضع له هذه العقود من أحكام ، وحينذاك صاغ العميد " دوجي " نظرية المرفق العام فنالت

^(٣٩) وقد فسر أصحاب المذاهب التيقراطية حينذاك بأن مرد السلطة الماثحة هو الله -فأله مصدر السلطات في الدولة وتصرفات الحاكم ليست إلا تنفيذاً للعناية و المشيئة الإلهية. الأمر الذي يستتبع أن تكون إرادة الحاكم فوق إرادة الجميع " لمزيد من التفاصيل أ.د /محمد أنس قاسم جعفر " النظم السياسية والقانون الدستوري " ١٩٩٩ دار النهضة العربية بالقاهرة ص ٢٧ ومؤلف أ.د /محمد كامل عبيد " نظرية الدولة " ١٩٩٤ طبعة كلية شرطة دبي ص ٣٨٤ ومؤلف أ.د /محمد كامل ليله في " النظم السياسية " ١٩٦١ ص ٢٠٢ في نظرية الحق الإلهي المباشر وغير المباشر.

^(٤٠) " وإن استقلال الإدارة بفرض شروط العقد والتصار دور التعاقد على قبولها ، لا يخل بمفهوم الرضائية التي يتصف بها عقد امتياز المرفق العام وهو في هذه الحال بمثابة عقد إذعان " أ.د /محمد سعيد حسين أمين في " الأحكام العامة للالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العامة في تنفيذ العقد الإداري " المرجع السابق ص ١٥ .

^(٤١) يراجع مؤلف أ.د /محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٩٧ ، ورسالة أ.د /توفيق شحاتة ص ٥٥ ويقول " أن لهذه النظرية وجاهتها لأنها تسمح دون صعوبات بتفسير إمكانية السلطة العامة في مسار عملية الامتياز بعين الاطمئنان إلى حسن سير المرفق ، وطالما أن الامتياز وليد الإرادة المنفردة للحكومات فإنها تستطيع أن تدخل في أي وقت التعديلات التي تراها ضرورية . إلا أنه يجب عدم تجاهل إرادة صاحب الامتياز والتضحية بمصالحه لأن ذلك من شأنه التأثير على حسن سير مرفق الامتياز "

القبول لدي كل من الفقه والقضاء ، ومبناها : ^(٤٢) " أن الالتزام هو عمل قانوني مركب يحتوى على نوعين من النصوص :

(١) نصوص تعاقدية : تشمل الأعباء المالية المتبادلة ومدة الالتزام وكيفية استرداد الالتزام وتنفيذ الأشغال العامة . . . الخ .

(٢) نصوص للاحية : يمتد أثرها إلى المنتفعين ، والتي تتصل بتنظيم المرفق وسيره وتحديد الرسوم والإجراءات الكفيلة بسلامة الانتفاع وشروط الخدمة.

وبصفة عامه يعتبر من النصوص التعاقدية تلك القواعد التي يمكن الاستغناء عنها لو أن المرفق أدير عن طريق الإدارة المباشرة ، وتمري النصوص اللاحية والتعاقدية معا حين يدار المرفق عن طريق الملتزم .

وفي ضوء التشريعات ورأى الفقه وأحكام القضاء نتناول التعريف الجديد لعقد الامتياز في فرنسا ، وتطور مجالاته ، وتعدد صورته في مطلبين :

المطلب الأول

التعريف الجديد لعقد الامتياز في فرنسا

المطلب الثاني

تطور مجال عقد الامتياز في فرنسا وتعدد صورته

^(٤٢) يراجع مؤلف أ.د /عزيزة الشريف بعنوان " دراسات في نظرية العقد الإداري " ١٩٨١ دار النهضة العربية القاهرة ص ٧٣ وما بعدها ، ورسالة أ.د /ترفيق شحاتة المرجع السابق ص ٥٦ .

" التعريف الجديد لعقد الامتياز في فرنسا "

تطور التعريف التقليدي لعقد الامتياز بإدخال تعديلات وإضافات أصبحت معه معايير التعريف القديم غير صالحة للتطبيق نظراً للمتغيرات التي طرأت في العنصر المتعلقة بأطراف العقد ومجالاته ، وفي أسلوب أداء الحقوق والالتزامات كما يلي: (٤٣)

• " التزام المرافق العامة ... هو اتفاق يكلف فيه شخص عام شخصاً آخر باستغلال مرفق عام مقابل مكافأة تتحدد بناء على النتائج المالية لاستغلال المرفق."

{ La concession de service public est une convention par la quelle une personne publique charge une autre personne de l'exploitation d'un service public moyennant une rémunération de terminée par les résultats financiers de l'exploitation }

• عقد التزام المرفق العام هو تصرف قانوني تعهد بموجبه الإدارة إلى شخص آخر عام أو خاص تنتقيه من حيث المبدأ بكامل حريتها ، وتسمى الإدارة في هذه العملية بالسلطة المانحة « L'Autorité Concédante » ، أما المتعاقد معها فيطلق عليه تسمية الملتزم ، وتتمثل الالتزامات الأساسية المترتبة على عقد الالتزام في أن يؤمن الملتزم على نفقته ومسئوليته تسيير المرفق طبقاً لدفتر الشروط ، وأن يقوم بإعداد الإنشاءات الأولية للمرفق في مقابل أن تمكنه الإدارة من جباية إتاوات *Redevances* من المنتفعين بالمرفق لمدة محددة هي مدة العقد ذاته ، وبعد انقضاءها يلتزم المتعاقد بنقل المرفق مع إنشاءاته إلى حوزة الإدارة بحالة جيدة. (٤٤)

(٤٣) يراجع مؤلف أ.د /سعاد الشرفاوي في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤٨ ، ٤٩ " رسالة أ.د /توفيق شحاتة ص ٥ وما بعدها ويذكر بأن " فكرة عقد امتياز المرفق العام حديثة نسبياً ، وهي لا تعدو أن تكون تطوراً لنظام قديم وهو امتياز الأشغال العامة وكان الغرض منه أساساً إنشاء مشروعات الأشغال العامة ولا سيما السكك الحديدية ذات النفع العام ، ولم تعد المسألة في نطاق تطورها تقتصر على إنشاء المشروع بل شملت إدارته."

(٤٤) يراجع في الفقه الفرنسي :

* Chapus R. « Droit administratif » 1988 tome 1 Paris P560.

* Mariel P.L « le trésor public et les délégations » 1996 A.J.D.A P684.

، ولزبد من التفاصيل انظر رسالة د /مهند مختار نوح المرجع السابق ص ١٤٥ .

وبذلك يشمل التعريف الجديد التطورات المتعلقة بأطراف العقد ومجاله ونظامه القانوني وأسلوب حصول الملتزم على المقابل المالي ومصدره على النحو التالي:

أولا : لم يعد امتياز المرفق العام قاصرا على الشركات ذات رأس المال الخاص ، فمن الممكن منح امتياز المرفق العام لمؤسسات عامة أو شركات اقتصاد مختلط .

ثانيا : إذا كانت المرافق العامة الاقتصادية يمكن أن تدار بطريق الامتياز ، فإن المرافق العامة الإدارية يمكن أن تدار بهذا الأسلوب .

ثالثا : أن قاعدة تحمل الملتزم بمفرده لنفقات تشغيل المرفق العام المدار بطريق الامتياز ، يتم التخفيف من حدتها بمساهمة مالية تقدمها الجهة ماثحة الامتياز. (٤٥)

وهذا التعريف الجديد يتسع لأن يكون الملتزم شخصا من أشخاص القانون العام ، وأن يكون الالتزام خاصا بمرفق صناعي أو تجاري كما وسع في أسلوب حصول الملتزم على المقابل المالي في صورة رسوم يدفعها المتفعون ، أو مبالغ يدفعها آخرون ، أو تمويلا من جهة الإدارة ، أو من جهة غير الإدارة ومن غير المتفعين ، أو مزيجا من ذلك .

(٤٥) يراجع مؤلف أ.د /محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ١٠٠ ، ١٠١ .

المطلب الثاني

تطور مجالات عقد الامتياز في فرنسا وتعدد صورته

من الثابت أنه قد حدث تطور في مجالات عقد الامتياز وتعددت صورته في فرنسا وذلك على النحو الآتي^(٤٦):-

المجموعة الأولى: عقود الالتزام^(٤٧)

❏ أولاً: عقد امتياز أشغال عامة (Concession de travaux public):
عقد يتعهد بمقتضاه فرد أو شركة ببناء أو صيانة مشروع عام، ولكن المقابل هنا ليس ثمنا كما هو الحال في عقد الأشغال العامة إنما يتمثل المقابل في منح الملتزم سلطة استغلال المشروع العام لمصلحته خلال مدة زمنية مناسبة تكفل له تغطية نفقاته في صورة رسوم تفرض على المنتفعين به ، مثل الحال في تمكين الجمهور من استعمال قناة ، أو طريق ، أو ممرات مقابل رسوم معينة.

❏ ثانياً: عقود امتياز تشغيل خطوط نقل بالسيارات: يلتزم المتعاقد بتشغيل خطوط أتوبيس للخدمة العامة ، وفي ذلك يقتصر الأمر على تأجير جراج لحفظ السيارات وصيانتها دون حاجة لإقامة أية أشغال عامة.

❏ ثالثاً: عقود امتياز توزيع الطاقة: استخدمت الهيئات المحلية في فرنسا صيغة عقد الامتياز لضمان حصول المواطنين على الخدمة دون أن تكلف الهيئات العامة شيئاً ، خاصة توزيع الطاقة (الكهرباء والغاز) وذلك بعد الحصول عليها من المرافق المسنولة عن توليد أو توريد الطاقة.

❏ رابعاً: عقود الالتزام في مجال البنية الأساسية: وأهم الصور الحديثة في مجال البنية الأساسية للطرق هو استغلال الأنفاق ومثالها نفق "مونت بلان" (Mont

^(٤٦) أستاذنا الدكتور محمد سعيد أمين في العقود الإدارية ص ١٠٢ وما بعدها المرجع السابق.

^(٤٧) أنظر مؤلف أستاذنا الدكتور سعاد الشرفاوي المرجع السابق ص ٨٣ وما بعده.

(Tunnel de Sainte Marie Aux Mines ،Blane Tunnel De Fréjus) الذي أنشئ تحت الماء بين إنجلترا وفرنسا.

❏ خامسا: التزامات مواقف السيارات (Les concessions de pares de stationnement): وهي صورة قريبة من صور التزام البنية الأساسية للطرق.

❏ سادسا: عقود الالتزام بتوزيع الماء والتدفئة: يتم عن طريق التزام المرافق العامة، وذلك بإبرام عقد يكلف فيه الملتزم بإدارة وتسيير المرفق العام لمدة محدودة.

❏ سابعا: التزامات المجال الصحي والاجتماعي: تظهر في هذا المجال إدارة الحمامات العامة، والسلخانات العامة، والأسواق، وجمع القمامة واستخراج المياه الجوفية المعدنية، وبموجب القانون الصادر في فرنسا في ٣١ ديسمبر ١٩٧٠ فتح أمام الإدارة استخدام عقد التزام المرافق العامة في مجال المستشفيات العامة، تبعة مرسوم صدر في ١٢ مايو ١٩٧٤. وهذا المجال متميز من زوايا متعددة ذلك أن دفع الرسوم مقابل العلاج يكون ذا طابع خاص بواسطة هيئات التأمين الاجتماعي.

❏ ثامنا: عقود الالتزام في مجال الترفيه: أدى اتساع وتعدد وسائل الترفيه إلى امتداد التزام المرافق العامة إلى هذا المجال، وقد تطورت الأفكار إلى اعتبار الترفيه مرفقا عاما، وكانت العقود المتعلقة به تخضع للقانون الخاص، ثم تحولت إلى عقود قانون إداري، بسبب احتوائها على شروط استثنائية خارقة للشريعة العامة، كما حدث في مجال المسرح وتأجير صالات عرض المسرحيات والسينما وإدارة كازينوهات ومناطق الاستشفاء والفنادق السياحية والمناطق المائية الساحلية، واعتبرتها الدولة وانتهى أحكام مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه إلى أنها مرافق عامة^(٤٨).

وينطبق عقد التزام المرافق العامة على المطاعم والشواطئ وإدارة الحدائق العامة، واستغلال بحيرة أو عين مائية، وما يعرف (بالمارنيا) أي الشواطئ التي

^{٤٨} انظر دي لوبارير في العقود الإدارية ص ٣٠٧ أ. د. سعاد الشرقاوي المرجع السابق ص ٨١.

تستخدم لسياحة اليخوت. وأخيرا ظهرت صور من المرافق العامة استخدم فيها أسلوب التزام المرافق العامة وهو مجال استخدام القنوات الفضائية، والأقمار الصناعية لبث برامج خاصة للمشتركين ، فالعقد المبرم بين الدولة والشركة الملتزمة ببث البرامج التلفزيونية الخاصة هو عقد التزام مرفق عام.

المجموعة الثانية: "العقود القريبة من عقد التزام المرافق العامة"

إن تكليف المتعاقد مع الإدارة بمسئولية مرفق عام مقابل مكافأة ناتجة عن استغلال المرفق يعد عاملا حاسما في تكييف العقد بأنه قريب من عقد التزام المرافق العامة وهذه العقود تسمى : عقود النقل العام لتحقيق منفعة محلية "Les *contrats des transports publics d'interet local*" فجميع عقود النقل ذات الأهمية المحلية التي تبرمها الهيئات المحلية تخضع لمرسوم ٢٩ أكتوبر ١٩٨٠ المنظم لصور العقود التي تستغل مرافق النقل المحلية ، وبتحصيل المتعاقد مخاطر مشروع وإدارة مرفق النقل المحلي ، والنقل مقابل ثمن محدد إما بالمسافة، وإما بثمن إجمالي كل هذه المسائل المتعلقة بإدارة النقل المحلي تخضع لمرسوم ١٠ مارس ١٩٨١، و أهم ما يميز هذه العقود المتعلقة بالنقل على الصعيد المحلي عن عقود الالتزام أن مصاريف الاستثمار والتمويل تتكفل بها الإدارة المتعاقدة كليا، أو جزئيا، وهذا الحل في التمويل ليس مستبعدا في عقود التزام المرافق العامة، وأدى هذا التطور إلى ظهور عقود بعيدة ، أو قريبة من عقود الالتزام التقليدية، ويبدو هذا واضحا من التنظيم القانوني للعقود الأربعة المتعلقة بالنقل المحلي وهي^(٤٩):

(١) عقد الإدارة على مسئولية الملتزم "Le contrat de gestion aux risques et *périls*" ويتحمل المتعاقد مخاطر المشروع في هذا العقد ولقاء تحمله المخاطر يقوم المتعاقد بتحصيل مقابل من المنتفعين بالمرفق الذي يديره.

(٢) عقد إدارة بضمان حد أدنى للربح: "Le contrat de gestion avec garantié de *Recett*" ، وتكلف الإدارة المتعاقد معها بمسئولية إدارة المرفق مقابل حصوله على

^(٤٩) أستاذنا الدكتور سعاد الشرفاوي في العقود المرجع السابق ص ٩٦ وما بعدها .

رسوم من المنتفعين بالمرفق، ولكن مخاطر المتعاقد محدودة لأن الإدارة المنظمة للمرفق تتعهد له بضمان حد أدنى من الربح الناتج من المشروع أو جزء منه.

(٣) عقد الإدارة بثمن إجمالي: *“Le contrat de gestion avec a prix forfaitaire”* وفيه تعهد الإدارة إلى المتعاقد بمهمة إدارة المشروع، وتضمن له سنوياً مبلغاً إجمالياً.

(٤) عقد الإدارة: *Le contrat de gérance*، في هذا العقد تكلف الإدارة المتعاقد استغلال المرفق وإدارته، ولكنها تحتفظ لنفسها بتحديد السياسة العامة ومسئولية التمويل، والاستثمار وحساب الفوارق المالية للمشروع محل الاستغلال، وتتحدد مكافأة المستغل عن طريق مبلغ تدفعه الإدارة على النحو الذي يحدده العقد بناء على طبيعة، وحجم العمليات الناتجة عن استغلال المرفق وإدارته.

والعقد رقم (٤) رغم وروده في تنظيم عقود النقل المحلي بموجب مرسوم ١٠ مارس ١٩٨١ الفرنسي إلا أنه ليس قريباً من عقد الالتزام، وإنما هو عقد من عقود مشاطرة الاستغلال *“la régie intéressée”* أما الصورة رقم (٣) وهي عقد الإدارة بثمن إجمالي فهو عقد شبيه بعقد مقاوله الأشغال العامة ويمكن وصفه بأنه عقد مقاوله إدارة مرفق عام *“un contrat d’entreprise service public”*.

- إلا أن العقد رقم (١) الذي يتحمل فيه المتعاقد مخاطر المشروع، وكذلك العقد رقم (٢) الذي يحصل فيه المتعاقد على حد أدنى من الربح فإنه يمكن إدراجهما بكل خصائصهما في مجموعة عقود التزام المرافق العامة^(٥٠).

المجموعة الثالثة: عقود الالتزام الأخرى ^(٥١): *“Les autres concession”*

يستخدم اصطلاح الالتزام *“concession”* لوصف مجموعة كبيرة من العقود الإدارية إلا أنه يمكن عن طريق التحليل الدقيق التعرف على العقود التي ينطبق عليها تكييف عقود التزامات مرافق عامة.

^(٥٠) المرجع السابق ص ٩٨، ٩٧.

^(٥١) المرجع السابق ص ٩٩ وما بعدها.

فالعقد الذي تتنازل به الإدارة عن البحر (un acte de concession de lais et de relais de la mer) إذا لم يكن البحر الإقليمي أو طرح البحر داخلا في نطاق المرفق العام ، فذلك لا يعتبر عقد التزام، بل هو عقد بيع (حكم المجلس ٨ يناير عام ١٩٥٨) ، حيث يميز الفقه الفرنسي بين عقود الالتزام المتعلقة بالدومين العام وعقود الالتزام غير المتعلقة به ، كما أن عقد الامتياز يختلف عن الترخيص بشغل جزء من الطريق العام (les permissions de voirie) رغم وحدة أطراف العقد والترخيص، وكذلك وحدة الموضوع أو محل العمل وهو الدومين العام.

ويرى الفقيه "دى لو بادير" أن التراخيص بشغل الدومين العام ذات طبيعة مزدوجة فهي قرارات إدارية يلحق بها عقد إداري يحدد حقوق والتزامات طرفي الرابطة العقدية ، ويصدر القرار والعقد في وثيقة واحدة ، لذا يتعين فصل القرار الإداري عن الشروط ذات الطبيعة التعاقدية.

أما عقود شغل الأسواق القومية ، وعقود التزامات الإعلانات في الطرق ووسائل المواصلات العامة - فقد انتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى أن هذه العقود تعتبر عقودا إدارية.

ويدخل في نطاق "عقود التزامات الدومين العام" إقامة المحلات والمقاهي والمطاعم والمدافن العامة وعقود طرح البحر ، والتزامات الأراضي في البلاد أو في المستعمرات والتزامات المناجم ، واستغلالها بواسطة الأفراد أو الدولة مباشرة.

ويلاحظ أن التزامات المناجم ليست التزامات مرافق عامة أو أشغال عامة لأن استغلال المنجم ليس في ذاته مرفقا عاما، وإن كان نشاطا ذا نفع عام وقد أدي تطور النظام القانوني للمناجم إلى غلبة الصفة التعاقدية على العلاقة بين الإدارة، ومستغل المنجم ، لأن الالتزامات العامة المفروضة على المستثمر بواسطة كراسه الشروط ، لا أثر لها على الغير ، وفي الماضي كان مستغل المنجم مالكا له ثم انتفت عنه هذه الصفة تدريجيا ، وظلت الدولة هي المالكة.

فهناك مزيج من الشروط اللاحية والشروط التعاقدية مما يجعل التزامات المناجم ذات طبيعة مختلطة (Une nature mixte) شبيهة بعقود التزام المرافق العامة، وعقود الأشغال العامة.

المبحث الثاني

" تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر "

تمهيد وتقسيم :

ظل القانون الإداري مجهولاً في مصر حتى عام ١٨٧٥ - تاريخ إنشاء المحاكم المختلطة - حيث لم تكن أعمال الإدارة وأوامرها حينذاك تخضع للقانون لأن كلمة الإدارة كانت هي القانون فالملكية مطلقة والدولة تختلط بشخصية الملك (أو السلطان) فتسرى إليها حصانته، وليس لأحد مساءلتها أمام القضاء عن أي تصرف تجريه بهذه الصفة .

وحينذاك قامت مصر بمنح عدة امتيازات منها : الامتياز الممنوح في عام ١٨٥١ للمهندس الإنجليزي "جورج ستيفنسون" لإقامة أول خط حديدي في أفريقيا بين الإسكندرية والسويس مروراً بالقاهرة ، وكان هذا هو الامتياز الأول ، أما الثاني وأشهرها فهو امتياز حفر قناة السويس في ٣٠ نوفمبر ١٨٥٤ ، ثم حرر عقد آخر في ٦ يناير سنة ١٨٥٦ شكلت بمقتضاه شركة قناة السويس (٥٢) .

(٥٢) أنظر رسالة د. توفيق شحاتة ص ٢١ وما بعدها La concession de service public ١٩٤١ :

"En 1851, le Vice-Roi avait accordé à l'ingénieur anglais Stephenson la concession des travaux et la fourniture du matériel pour un chemin de fer allant d'Alexandrie à Suez, avec embranchement sur le Caire. Ce fut le premier chemin de fer construit en Afrique. Quelque temps après, le 30 septembre 1854, était signé un firman octroyant à Ferdinand de Lesseps la concession d'un canal à creuser à travers l'isthme de Suez. Cet acte lui donnait "le pouvoir exclusif de constituer et de diriger une compagnie universelle pour le percement de l'isthme de Suez et l'exploitation d'un canal entre les deux mers, avec faculté d'entreprendre ou de faire entreprendre tous travaux et constructions, à la charge pour la Compagnie de donner préalablement toute indemnité aux particuliers, en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique". C'était une concession de travaux publics conforme à la notion traditionnelle de la concession telle qu'elle existait à cette époque en France. L'article. 10 de ce premier firman stipule " qu'à l'expiration de la concession (dont la durée était fixée à 99 ans) , le Government Egyptian sera substitué à la Compagnie, jouira sans réserves de tous les droit et entrera en pleine possession du Canal Des deux mers et de tous les établissements qui en dépendront ." =

وفي عام ١٨٦٥ - منحت الحكومة المصرية شارل ليون البلجيكي امتياز مرفق الغاز في مدينة القاهرة ثم مدينة الإسكندرية .

وفي عام ١٨٧٥ - امتياز منحه الحكومة المصرية لرجل الأعمال الفرنسي "ماتوري" مرفق الغاز بمدينة بور سعيد.

وفي عام ١٨٨١ - منحت الحكومة المصرية مستر "بل" الأمريكي امتياز أول خط تليفوني بين القاهرة والإسكندرية.

وفي عام ١٨٨٧ - تم منح تجفيف بحيرة أبو قير وبمقتضاه أصبحت الأرض ملكا خالصا للملتزم مع إعفائه من الضرائب عدة سنوات.

وفي عام ١٨٩٤ - منحت الحكومة المصرية لشركة بلجيكية امتياز مرفق السكك الحديدية في مدينة القاهرة لمدة تنتهي في ديسمبر ١٩٤٦ وتم تجديد العقد لمدة تنتهي في ٣٠ / ٦ / ١٩٧٨ (٥٣).

وحينذاك كان الرأي السائد فقها وقضاء أن الالتزام وليد أمر اتفرادي تصدره السلطة مانحة الامتياز بما لها من ولاية أمره ، وظهر رأى آخر بأن الالتزام عقد من عقود القاتون المدني يخضع لما تخضع له من قواعد .

ثم صدر دستور ١٩٢٣ ونصت المادة ١٣٧ منه على أن " كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح

= وانظر مؤلف المرحوم الأستاذ الدكتور محمد حسين هيكل " دين مصر العام " - الناشر - المجلس الأعلى للثقافة عام ١٩٩٩ ص ٢٨ ومؤلف الدكتور مسعود ضاهر " النهضة العربية و النهضة اليابانية " تشابه المقدمات واختلاف النتائج إصدار المجلس الوطني بدولة الكويت الناشر عالم المعرفة العدد ٢٥٢١ - ص ٣١٢ وما بعدها جاء ما يلي :- " اعتمد الخديوي سعيد سياسة التعاون غير المشروط مع الأوروبيين فأعطى صديقة دى ليسبى الترخيص الرسمي لحفر قناة السويس ومهد الطريق أمام الخديوي إسماعيل للقيام بحركة تغريب واسعة النطاق فتجاوز كل الضوابط الصارمة التي وضعها جده محمد على والافتراض من المؤسسات المالية الأوروبية بفوائد لاحقة وإعطاء الأوروبيين امتيازات خاصة غير السماح لهم بالتقاضي أمام المحاكم المختلطة التي كانت دوما تحكم لصالح الأجانب على حساب المواطنين وملت الساحة للإنجليز فأسقطوا إسماعيل واحتلوا مصر عام ١٨٨٢ ومن نال القول أن الاعتراف للرعايا الأجانب بحق التقاضي أمام محاكم مختلطة يشكل انتقاصا للسيادة الوطنية ويضر بسمعة مصر وتؤكد الوثائق أن خلفاء محمد على لم يبقوا أوفياء للمبادئ الاصطلاحية التي انطلق منها رائدهم.. وقد بدأ اليابانيون فضمتهم بتحديث مصانهم ومؤسساتهم واستخلصوا العبر من تجربة مصر فتلأفوا كثرة القروض ، ورفضوا المحاكم المختلطة التي تنقص من السيادة الوطنية " .

٥٣٠ أنظر رسالة الدكتور توفيق شحاتة - المرجع السابق ص ٢٢ وما بعدها.

الجمهور الهامة ، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدد ، وبذلك أحدث الدستور تغييراً في النظام الأساسي للدولة وتطوراً في مجال عقود امتياز المرافق العامة في نحو لا يمكن إغفاله أو الالتفات عنه - بما نص فيه من قواعد أرست مبدأ الفصل بين السلطات وبات السلطان (السلطة التنفيذية) موضع رقابة من جانب البرلمان (السلطة التشريعية) فلا يجوز للحكومة منح التزام قومي إلا بقانون وإلى زمن محدود (٥٤).

وفي ظل ما أحدثه الدستور من تغيير جذري في نظام الدولة. بزغت حياة قانونية جديدة توجهها المشرع بصور القانون المدني الجديد في ٢٦ يوليو ١٩٤٨ والذي تنص المادة ٦٦٨ منه على أن: "التزام المرافق العامة عقد الفرض منه إدارة مرفق عام ذي صبغة اقتصادية ، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق مدة معينة من الزمن " ،،، وقد أخذ القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في شأن المرافق العامة بهذا التمييز في نصوصه ضمناً ورتب عليه نتائجه ، كما استقر مجلس الدولة المصري على هذا النظر في جميع أحكامه وفتاويه ، ولكن أحكام هذا القانون لم تتضمن كيفية منح التزام المرفق العام والإجراءات المتعلقة بإبرام العقد .

ونصت المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ : "يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز، أو مدة الامتياز، أو نطاقه أو الإتاوة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ويكون تعديل ما عدا ذلك بقرار من الوزير المختص" على أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات " (٥٥) .

(٥٤) د. رمزي طه الشاعر - قضاء التعويض الطبعة الثالثة (٢٠٠٠) ص ٦٤، ٦٥ ويقول "إذا كان اصطلاح "الحكومة" لدى بعض الفقهاء يمكن أن يشمل مجموع الهيئات الحاكمة أو المديرية للدولة بما في ذلك السلطة التشريعية والقضائية والتنفيذية فإن دستور ١٩٧١ قد استعمل هذا الاصطلاح بمعنى ضيق يشمل السلطة التنفيذية وحدها " فقد نصت المادة ١٥٣ من الدستور على أن " الحكومة هي الهيئة التنفيذية والإدارية العليا للدولة ، وتكون الحكومة من مجلس الوزراء ونوابه والوزراء ونوابهم ويشرف رئيس مجلس الوزراء على أعمال الحكومة "

(٥٦) هذه الفقرة الأخيرة أضيفت بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠ .

ثم صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٩٦ في شأن اختصاصات هيئة كهرباء مصر والقانون رقم ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ بشأن الطرق العامة والقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة وتشغيل المطارات وأراضي النزول والقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ في شأن الموائى المتخصصة ، وتقضى أحكام هذه القوانين بجواز منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والعرب والأجانب لإنشاء وإدارة وتشغيل واستغلال وصيانة محطات توليد الكهرباء والطرق والمطارات والموائى ،،، كما تضمنت القوانين الأربعة نصاً يقضى بعدم التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة .

وبناء على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ المشار إليه أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨ بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة

(١) مطار مرسى علم (٢) مطار العلمين (٣) مطار رأس سدر

بنظام الـ *B.O.T.* ،،، وتم توقيع عقود الامتياز الثلاثة مع ثلاث شركات مصرية تأسست خصيصاً لهذا الغرض... وهي أول شركات مصرية جرى تأسيسها لتنفيذ مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ *B.O.T.* ، ونتعرض في هذا المبحث لدراسة تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر من خلال مطلبين:

المطلب الأول

تطور مفهوم عقد الامتياز وتنوع مجالاته وتعدد صورته في مصر .

المطلب الثاني

تطور مفهوم الأحكام العامة لعقد الامتياز في مصر .

المطلب الأول

"تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر

وتنوع مجالاته واتعمده هووه"

تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر وتنوع مجالاته ، كما تعددت صورته عبر
مراحل زمنية ثلاث : -

المرحلة الأولى

الامتياز منحة من الحاكم.

المرحلة الثانية

وجوب إصدار قانون بمنح امتياز المرفق العام.

المرحلة الثالثة

الامتياز بناء على قانون

(الامتياز بنظام الـ B.O.T.)

٨ المرحلة الأولى:- الامتياز منحة من الحاكم : كان الحاكم في هذه المرحلة

يدين بمقولة لويس الرابع عشر في فرنسا: " أنا الدولة والدولة أنا *Moi est l'état et l'état est Moi* فقد كانت الذمة المالية للدولة مختلطة بالذمة المالية للحاكم وكنت إرادته نافذة لا قيد عليها فهو القاضي والجلاد والجميع يأتون بأمره ، ولا يستطيع أحد أن يخالف مشيئته وبعد امتياز قناة السويس أبرز صورة لذلك وفق ما يلي :-

(١) عقدي امتياز قناة السويس^(٥٦):

العقد الأول: أبرم في ٣٠ نوفمبر سنة ١٨٥٤ وكان ذلك بداية المتاعب المالية والتدخل الأجنبي (الأوروبي) المغرب في شئون البلاد ، حين منح سعيد باشا " صديقة " مسيو دي ليسبس امتياز حفر قناة السويس.

العقد الثاني : أبرم في ٦ يناير سنة ١٨٥٦ وبمقتضاه تأسست شركة قناة السويس البحرية صاحبة امتياز استغلال مرور السفن في قناة السويس لمدة ٩٩ عاما، وقد تضمن العقد امتيازات حقيقية منحها سعيد باشا لصديقة " مسيو دي ليسبس بأن: " تمنح الحكومة المصرية إلى شركة الامتياز إكسclusive استخراج جميع

^(٥٦) أنظر المرحوم الدكتور محمد حسين هيكل دين مصر العام - المرجع السابق ص ٢٦ (لم يحدث أن طبق نظام السخرة بمثل ذلك ، ولم تحصل مصر على أي فائدة مباشرة أو غير مباشرة وكان مدير كل إقليم فيها يتلقى أمرا بإحضار عدد من العمال يرسلون من كل قرية من الفلاحين البؤساء إلى خليج السويس تحت مراقبة الجند للعمل تحت قديد المفتشين المسلحين بالكرايج . وحددت الشركة عدد العمال اللازمين بخمسة وعشرين ألفا دون الحصول على أجر ، والأغذية التي تعطى لهم رديئة للغاية وبسبب سوء التغذية والملابس المهترئة وحر النهار وبرد الليل في الصحراء والإجهاد والبؤس كان العمال يموتون كقطعان الأغنام ، وكان لا بد من استقدام فلاحين آخرين ليحلوا محل من أصابهم المرض أو قضى عليهم الموت -انظر دايص ، تاريخ الخديوية ص ٣٥ وما بعدها ص ٢٨ (دين مصر العام).

ورأى في هذا الصدد مقالة المستشار محمود محمد فهمي بمجلة الأهرام الاقتصادي العدد ١٦٢٤ الصادر في ٢١ فبراير ٢٠٠٠ " الحقائق في نظام B.O.T " () انه قد أنشئت شركة مساهمة عالمية باسم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية وزعت أسهمها ما بين مصر وفرنسا وإنجلترا ودول ومؤسسات أخرى وذلك لشق قناة السويس ثم إدارة القناة بواسطة هذه الشركة لمدة الامتياز وهي ٩٩ سنة وتحت إشراف الحكومة المصرية وطبقا للرسوم التي يفتق عليها في مقابل إتاحة تدفيعها الشركة للحكومة وعلى أن تعود ملكية المشروع إلى الحكومة المصرية في حالة صالحة لاستمرار التشغيل وخدمة الملاحة العالمية في نهاية مدة الامتياز وذلك طبقا لثلاث قرارات صدر أولها في ٣٠ نوفمبر ١٨٥٤ بشأن الامتياز الخاص بإدارة مرفق المرور بقناة السويس وثانيهما في ٥ مارس ١٨٥٦ بتأسيس شركة مساهمة لإدارة المرفق المذكور وثالثهما في ١٩ مارس ١٨٦٦ بالتصديق على العقد المبرم بين الخديوي إسماعيل وفريدناند دليبيس " ()

المواد اللازمة لأعمال البناء والصيانة من المناجم والمحاجر دون أن تدفع عنها أية رسوم أو ضرائب أو تعويضات ، كما تعفي الشركة من جميع الرسوم الجمركية المفروضة على الآلات أو المواد التي تستقدمها الشركة من الخارج خلال فترة الإنشاء ، أو الاستغلال "

وفي جميع الأحوال يكون أربعة أخماس العمال القائمين بإنشاء القناة من المصريين " وقد طبق نظام سخرة تطبيقاً صارماً ، وهذه التتلالات سرعان ما ترتب عليها نتائج سيئة - ولا تفسير لذلك إلا كرم سعيد باشا المفرط البالغ حد البله ، وللأسلية الشديدة أيضاً من جانب الشعب المصري^(٥٧).

وطالما أن السلطة بيد حاكم مطلق ، فمن الطبيعي أن يتمسك بها ، وليس لأحد كبح جماح سلطته أو تحديد دوره سوى الأمة ، فالحقوق لا تعطى إلا لمن يسعى في طلبها ويدافع عنها ، بل ويناضل من أجلها.

٨ المرحلة الثانية:- وجوب إصدار قانون بمنح امتياز المرفق العام: انتقلت الدولة في هذه المرحلة نقله نوعيه فأصبحت دولة مؤسسات قوامها سيادة القانون،،، فقد تضمن دستور ١٩٢٣ نصاً صريحاً في المادة ١٣٧ منه على أن " كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور ، وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدود . . . وقد انتهى رأى محكمة القضاء الإداري في تفسير هذه المادة إلى ضرورة إصدار قانون خاص بمنح كل التزام على حده ،،، وليس من حق الإدارة ، ولا في سلطتها أن يُبرم عقدا يختص البرلمان بإبرامه بقانون ، ولو تم تعاقد كهذا فإنه يقع باطلا لمخالفته الدستور لصدوره من جهة غير مختصة فلا يترتب عليه أثر ولا يُكسب حقاً . . ."^(٥٨)

^(٥٧) فضلاً عن الخسارة الناتجة من إيرادات الجمارك فإن المنح على هذا النحو يفتح الباب أمام التهريب وليس ، في الإمكان تقديم أرقام عن تلك الإيرادات إذ لم يكن لمصر ميزانية قبل سنة ١٨٨٠ ، انظر "المرحوم محمد حسين هيكل" ديس مصر العام المرجع السابق ص ٢٧ وما بعدها .

^(٥٨) حكمها الصادر في ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٦

٨ المرحلة الثالثة :- الامتياز بناء على قانون ، وبقرار من مجلس

الوزراء (امتياز المرفق العام بنظام الـ *B.O.T.*)^(٥٩): بناء على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بمنح التزام إنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول ، أصدر مجلس الوزراء القرارات : ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨ م بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة : مطار مرسى علم ، مطار العلمين مطار رأس سدر ، بنظام الـ *B.O.T.* - وتم في ١٩٩٨/٢/٨ توقيع عقود امتياز مع ثلاث شركات مساهمة مصرية تأسست خصيصاً لهذا الغرض .^(٦٠)

ونلقى الضوء على أحكام عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* في البنود الآتية :

أولاً: تعريف عقد امتياز الـ *B.O.T.* ،،، ثانياً : التمييز بين عقد امتياز الـ *B.O.T.* والعقود المشابهة ،،، ثالثاً: الجوانب الشرعية لعقد امتياز الـ *B.O.T.* ،،، رابعاً: أهم الآثار المالية والاقتصادية لعقد امتياز الـ *B.O.T.* خامساً: أهمية إصدار تشريع خاص بنظام امتياز الـ *B.O.T.* وتطوير التشريعات العربية في مواجهة التغيرات القانونية المصاحبة للعولمة ،،، سادساً: أهمية الاستقرار القانوني والأمن التشريعي في عقود امتياز الـ *B.O.T.*

^(٥٩) انظر مجلة الأهرام الاقتصادي مقال الباحث رشدي صالح بعنوان (٥٠ مليار جنيه في أربع سنوات طرحها الحكومة لإنشاء مشروعات الـ *B.O.T.* - لماذا لا يجذب الـ *B.O.T.* البنوك) العدد ١٦٤٦ في ٢٤ يوليو سنة ٢٠٠٠ .

^(٦٠) بتاريخ ١٩٩٨/١١/١٩ نُشرت هذه القرارات والعقود وملحقاً بالوقائع المصرية بالعدد ٢٦٤ تابع ، وتابع (أ) ، وتابع (ب) . وتعد هذه الشركات الثلاث أول مشروعات امتياز أقيمت في مصر منذ خمسين عاماً ، ثم أصدر مجلس الوزراء قراره ٤ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وإدارة وتشغيل وصيانة وإعادة محطة سيدي كريسر البخارية لتوليد الكهرباء بنظام الـ *B.O.T.* شركة انترجين سيدي كريسر لتوليد الكهرباء .

أولاً: تعريف عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T*:

إن اصطلاح *B.O.T* هو : اختصار لثلاث كلمات باللغة الإنجليزية وتعني :-

Build

البناء أو الإنشاء

Operate

التشغيل

Transfer

نقل الملكية

وثمة اصطلاحات مشتقة تشترك مع الكلمة (*B.O.T*) في كل أو بعض معانيها وهي :

B.O.O.T

بمعنى الإنشاء، التملك، التشغيل و نقل الملكية

BOO

بمعنى الإنشاء ، التملك ، التشغيل ، دون الالتزام بنقل الملكية

BOOST

بالمعاني السابقة ويضاف إليها شرط الدعم (*Subsidize*)

BLT/ BRT

بمعنى الإنشاء والتأجير ونقل الملكية (*Lease Or Rent*)

RLO

بمعنى التأهيل (*Rehabilitate*) ، التأجير ، التشغيل

MOT

بمعنى التحديث (*Modernize*)، التملك/ التشغيل (*Own/Operate*)،

نقل الملكية .

BOR

إنشاء ، تشغيل ، تجديد الامتياز (*Renewal of Concession*)

DBFO

تصميم (*Design*)، إنشاء ، تمويل (*Finance*)، تشغيل .

DCMF

تصميم ، تشييد (*Construction*)، إدارة (*Management*)، تمويل.

ROO

تأهيل ، امتلاك ، تشغيل.

ROT

تأهيل ، امتلاك ، نقل

والمصطلح *B.O.T* يستخدم بصفة عامة للدلالة على الاختصارات السابقة^(١١).

^(١١) يقع دليل منظمة اليونيدو عام ١٩٩٥ باللغة الإنجليزية في *Unido Bot Guidelines* ٢٩٧ . وللأهمية المتزايدة لنظام *BOT* في مجال إنشاء وتطوير البنية الأساسية للبلدان النامية حرصت منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية *UNIDO* على تقديم دليل إرشادي لطريقة إنشاء مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ *BOT* والتفاوض بشأنها وتنفيذها وبيان الخطوط الرئيسية لقيام مشروعات البنية الأساسية بمختلف أنواعها وأشكالها.

"هو اتفاق تعاقدي بمقتضاه يتولى أحد أشخاص القطاع الخاص إنشاء أحد المرافق الأساسية في الدولة بما في ذلك عملية التصميم والتمويل والقيام بأعمال التشغيل والصيانة لهذا المرفق. وتقوم هذه الشخصية الخاصة بإدارة وتشغيل المرفق خلال فترة زمنية محددة، يسمح لها فيها بفرض رسوم مناسبة على المنتفعين من هذا المرفق ، وأية رسوم أخرى بشرط ألا تزيد عما هو مقترح في العطاء ، وما هو منصوص عليه في صلب اتفاق المشروع لتمكين تلك الشخصية من استرجاع الأموال التي استثمرتها ومصاريف التشغيل والصيانة بالإضافة إلى عائد مناسب على الاستثمار . وفي نهاية المدة الزمنية المحددة تلتزم الشخصية الخاصة بإعادة المرفق إلى الحكومة ، أو إلى شخصية خاصة جديدة ، يتم اختيارها عن طريق الممارسة العامة " .^(١٣)

"A contractual arrangement whereby a private sector entity undertakes the construction, including design and financing, of a given infrastructure facility and the operation and maintenance thereof the private sector entity operates the facility over a fixed term during which it is allowed to charge facility users appropriate fees and other charges not exceeding those proposed in its bid incorporated in the project agreement to enable the private sector entity to recover its investment and operating and maintenance expenses in the project, plus a reasonable return thereon. At the end of the fixed term the private sector entity transfers the facility to the government agency or to a new private entity selected through public bidding"

وهذا التعريف يصلح أيضا للمصطلحات المشتقة ، على أن يتم تعديل الصياغة بالإضافة ، أو بالحذف من خلال المعاني الواردة سلفا.

نشأة نظام الـ B.O.T. :- ذكر بعض الكتاب أن الجذور التاريخية لنظام B.O.T. ترجع إلى الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين ، ويذهب البعض الآخر إلى أن نظام B.O.T. يختلف جوهريا عن الامتياز القديم ، وأنه

^(١٢) ويمكن استخدام عقود الـ B.O.T. لتنفيذ مشروعات لصالح القطاع الخاص كما في حالة بناء جراج متعدد الطبقات تحت الأرض بنادي هليوبوليس الرياضي بهذه العقود تخضع للقانون المدني ويسرى في شأنها القاعدة العامة بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين مادة ١٤٧ مدني.

^(١٣) دليل منظمه اليونيدو المرجع السابق ص ٢٨٨.

أحدث كثيراً فقد كان الامتياز القديم يطلق يد القطاع الخاص في التصرف في المرفق محل الامتياز مما حدا ببعض الكتاب تسميته " استغلالاً " للمرفق فقد كلن دور الحكومة المعنية في إدارته محدوداً للغاية، وواقع الحال أنها لم تكن تمارس أي سلطة عليا^(١٤).

وينسب البعض اصطلاح *B.O.T.* إلى الراحل / توجوت أوزال رئيس الوزراء التركي ، إذ كان أول من أطلق هذا التعبير في أوائل الثمانينيات ، غداة اجتماعه برجال الأعمال والمستثمرين وأصحاب شركات المقاولات من القطاع الخاص بعد نجاحه في الانتخابات ، حيث شرح إستراتيجيته الجديدة في التنمية والإصلاح الاقتصادي بإسناد المشروعات الجديدة في مجال البنية الأساسية إلى القطاع الخاص على أساس نظام *B.O.T.* فضلا عن خصخصة شركات القطاع العام طبقا للبرنامج الانتخابي الذي كان قد تقدم به ونجح على أساسه ، وهكذا صار نظام *B.O.T.* تعبيرا عن النهج الاقتصادي الجديد في تركيا.^(١٥)

وجدير بالذكر أن البنية الأساسية المنخفضة التكاليف أصبحت شرطا لا غني عنه لقيام تنمية اقتصادية ناجحة ، وإنتاج قادر على المنافسة ، في ظل اقتصاد حر يتجه نحو "العولمة" وينبغي على الدول النامية مواجهة المتغيرات الاقتصادية علسي الصعيد العالمي والمحلي لتوفير خدمات البنية الأساسية (من طرق - ومواصلات - وسكك حديدية - ومحطات كهرباء - ومياه - وصرف صحي - وخدمات صحية - وخدمات تعليمية... إلخ)^(١٦).

ومع ظهور أزمة الديون والأزمة الاقتصادية في الثمانينيات تقلصت قدرة مصر - شأن بعض دول أخرى - على تدبير الأموال اللازمة لإنشاء مشروعات بنية أساسية جديدة ، أو حتى الإبقاء والحفاظ على الخدمات الأساسية القائمة في حالة جيدة ، فقد ظهر في هذه الأثناء عدد من الآليات المبتكرة لتمويل هذه المشروعات تتمثل إحدى هذه الآليات فيما أصبح يعرف الآن في الأدبيات الاقتصادية باسم *B.O.T.*

^(١٤) المرجع السابق ص ٤ ، دليل منظمة اليونيدو

^(١٥) تقرير المستشار/ محمد سليمان غزال - المقدم لوزير الاقتصاد في ١٥/١/١٩٩٧ في شأن المشروعات بنظام *B.O.T.* ص ٣ وقد كان الكثير من الدول النامية في العقدين السابقين تقوم بوضع برامج وخطط لإنشاء البنية الأساسية عن طريق شركات مملوكة للدولة ويتم تمويل هذه المشروعات من موارد القطاع العام أو من القروض السيادية .
^(١٦) (ولا ريب أن بلدا بلا مرافق كجسم بلا شرايين .

: وهي آلية معقدة ومتشعبة التفصيلات *INTRICATE* ، وتستند إلى فكرة واضحة مؤداها تمكين الحكومة من التوسع في مشروعات البنية الأساسية وتحسينها عن طريق استغلال الموارد خارج مخصصات الميزانية والتزامات الدولة من الديون الداخلية والخارجية. (١٧)

والحقيقة أن إنشاء مشروع امتياز الـ *B.O.T.* ، ينطوي على كثير من الأطراف الفاعلة والمشاركة وشبكة من الترتيبات التعاقدية والمالية فضلا عن ضرورة وضع إطار تنظيمي لمشاركة القطاع الخاص في هذا المشروع ، فإذا ما قررت إحدى الحكومات إنشاء جسر (كوبري) على أحد الأنهار لأهميته كمشروع يخدم عملية التنمية الاقتصادية ، حينئذ تطرح الحكومة امتياز إقامة الكوبري ، وتحدد المواقع والأراضي اللازمة لتنفيذه ، ويكون للشركة صاحبة الامتياز حق تحصيل الرسوم *TOLS* على استخدام هذا الكوبري ، كما تتحمل الشركة تكاليف إنشاء الكوبري من أموال حملة الأسهم أو من القروض ، وليس من حق الجهة المقرضة أن تعود على الحكومة وتطالبها بالسداد ، بل يقع الضمان على أصول الشركة ومقوماتها بما في ذلك الكوبري والمعدات وحقوق التعاقد المنصوص عليها في الامتياز وأوراق الضمان وأية ضمانات تكون الحكومة قد قدمتها للشركة.

ويعتبر تمويل المشروعات هو حجر الزاوية في استراتيجية *B.O.T.* ، وهذا يعني أن المستثمرين والمقرضين يركزون أساسا على أصول المشروع وما يدره من عائد للسداد أكثر من تركيزهم على مصادر الضمان الأخرى . مثل الضمانات الحكومية أو أصول الجهة المشاركة في المشروع (١٨).

ـ استراتيجية *BOT* للدولة النامية (١٩) :-

تقوم استراتيجية *BOT* على اتفاقيات ذات طبيعة خاصة لتمويل وبناء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ، وقد أصبحت الدول النامية تهتم بهمة الاستراتيجية للأسباب الآتية :-

(١٧) المرجع السابق ص ٤ ، ٥ .

(١٨) دليل (*B.O.T. UNIDO G*) المرجع السابق ص (٣ ، ٤)

(١٩) تقرير المستشار / محمد سليمان خزال - المرجع السابق ص ٥

٢٠ أن التمويل يتم بعيدا عن ميزانية الدولة وعن القروض السيادية بما من شأنه تفادي فرض ضرائب جديدة أو رفع معدلات الضرائب القائمة ، وذلك لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية (انكماش مثلا) .

٢١ تفادي ارتفاع أسعار الفائدة التي تؤدي إلى إجماع القطاع الخاص عن الاستثمار ،،، وتفاذي مشكلات ميزان المدفوعات أو الاستنزاف من احتياطي العملات الأجنبية وما يترتب على ذلك من تخفيض قيمة العملة.

٢٢ تنفيذ الدولة المشروعات بشكل أكثر كفاءة وأقل تكلفة وفق التطورات والوسائل المتقدمة ، وأيضا توافر المديرين الفنيين والمشرفين والمهندسين المتخصصين والمؤهلين .. إلخ .

٢٣ الحصول على أحدث التكنولوجيات الجديدة وإدخالها في القطاع المعني ثم انتشارها إلى القطاعات الأخرى بحكم عدوي المنافسة .

٢٤ غرس مفاهيم جديدة مفادها أن القطاع الخاص أصبح قادرا على المشاركة الإيجابية في عمليات التنمية ، وقد كان القطاع العام في مرحلة النظام الاشتراكي يتولى إقامة المشروعات بأعلى من تكلفتها الحقيقية وبتكنولوجيا متخلفة ولا يخفى ما ينطوي عليه ذلك من إهدار للمال العام.

ثانيا: التميز بين عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T والعقود المشابهة

(١) تمييز عقد الامتياز بنظام (الـ B.O.T) عن حق الانتفاع : إن حق الانتفاع طبقا لأحكام المواد (من ٩٨٥ إلى ٩٩٥) من القانون المدني هو " حق عيني على شيء مملوك للغير سواء أكان منقولا أم عقارا يخول المنتفع إمكانية الانتفاع بالشيء لمدة محدده مع التزامه بالاحتفاظ بذات الشيء ليرده إلى مالكه الأصلي عند نهاية مدة الانتفاع " ، فالشيء محل الانتفاع مملوك للغير والذي يخول المنتفع الانتفاع بالشيء بنفسه أو يستغله بواسطة شخص آخر حتي انتهاء مدته.

والأمر علي خلاف ذلك في عقد الامتياز الـ B.O.T فالملتزم ينشئ المرفق ويمتلكه ويديره ثم ينقل ملكيته في آخر مدة الالتزام إلى الدولة في حاله صالحه لاستمرار تشغيله .

٢) تمييز عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* عن عقد الأشغال العامة: في عقد الأشغال العامة يقوم المقاول بإنشاء المشروع لصالح الجهة الإدارية المعنية مقابل الثمن المتفق عليه معها طبقاً لشروط العقد ، ويسلمها المشروع لكي تديره بمعرفتها كإنشاء المستشفيات والمدارس والطرق العامة والقطار والسدود واستصلاح الأراضي ومحطات توليد الكهرباء والطاقة والمواني واستخراج البترول والغز... الخ ففي كل هذه الحالات تنتهي مهمة المقاول بإنشاء المشروعات وتسليمها للجهة الإدارية المتعاقد معها دون أن يكون له الحق في إدارتها.

فيعقد الأشغال العامة اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام بقصد تحقيق منفعة عامة في نظير المقابل المتفق عليه وقد عرفته محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ بأنه:

" ومن حيث أن عقد الأشغال العامة هو عقد مقالة بين شخصين بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من الأعمال في عقار لحساب الشخص المعنوي العام مقابل ثمن يحدده في العقد فيعقد الأشغال العامة لا يقوم المقاول فيه بتقديم أية خدمات للجمهور في مدة معينة كعقد التزام المرفق العام وإنما هو فقط يقوم بإنشاء المشروع أو صيانتة أو ترميمه ثم تنتهي مهمته بتنفيذ التزاماته في عقد المقالة المبرم معه. بينما الوضع على خلاف ذلك في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* حيث ينشئ الملتزم المرفق ويمتلكه ويديره ثم تنتقل ملكيته في آخر مدة الالتزام إلى الدولة في حاله صالحه لاستمرار تشغيله

٣) التمييز بين عقد التزام المرفق العام الـ *B.O.T.* وبين عقد التأجير التمويلي *Contract Financial Leasing* : يعتبر عقد التأجير التمويلي وسيلة من وسائل التمويل العيني بمقتضاه يقوم المؤجر التمويلي بتأجير معدة أو آلة أو عقار يحتاجها المستأجر في مشروع إنتاجي أو خدمي لمدة معينة مقابل أجره محددة يؤديها طوال مدة الإيجار ، وفي نهاية المدة إما أن يختار المستأجر شراء المعدة ، أو الآلة أو العقار بالقيمة المحددة في عقد الإيجار ، وإما أن يعيدها إلى المؤجر مرة أخرى - قانون ٩٥ لسنة ١٩٩٥ في شأن التأجير التمويلي ،، وبذلك يختلف عقد التأجير التمويلي اختلافا جذريا عن عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

٤) التمييز بين عقد امتياز الـ *B.O.T.* وعقد الخصخصة: يعتبر عقد الخصخصة عقد بيع إداري تبرمه الإدارة كطرف أول مع آخر من القطاع الخاص كطرف ثان الذي بمقتضاه يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل ملكيته إلى الطرف الثاني جزئيا أو كليا ومن آثار هذا العقد اعتبار الطرف الثاني مساهما في رأس المال وشريكا في إدارة المشروع بنسبة ما يملكه أما في حالة نقل الملكية إلى الطرف الثاني كليا فإن صلة الإدارة بالمشروع تنقطع بصفة نهائية .

وليس الحال كذلك في عقد امتياز الـ *B.O.T.* إذ ينصب العقد على تسيير مرفق عام لمدة محددة بواسطة الملتزم ، مع احتفاظ الدولة بحق السيطرة عليه من خلال وضع شروط وقواعد تتصل بإنشائه وتشغيله فضلا عن الحق في الرقابة والإشراف عليه حتى انتقال ملكيته إليها في نهاية فترة الامتياز .

٥) التمييز بين عقد امتياز الـ *B.O.T.* والعقد المجمع : تنصب عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* على إنشاء المرافق العامة وتشغيلها وإدارتها ، ويجتمع في هذا العقد - بحكم طبيعة نشاطه - عدة عناصر مستمدة من أكثر من عقد من العقود المسماة، والتي تبرم مع أطراف آخرين ، وترتبط جميعها ارتباطا وثيقا بإنشاء المشروع وتنفيذه وصيانتته ، ولا يمكن فصل أي عنصر منها وإلا أدى إلى انتفاء المقصود من عقد الامتياز.

أما العقد المجمع الذي يجتمع فيه أكثر من عقد لكل واحد منها عناصره وآثاره المستقلة مثل : عقد المقيم في الفندق الذي يشمل السكن والطعام والتليفون وغسل الملابس فهذا العقد يتضمن عقود إجارة عين وإجارة أشخاص وبيع حيث يمكن للمقيم بالفندق الحصول عليها كلها أو بعضها دون أن تتأثر بذلك باقي العقود الأخرى .

ثالثا: الحوانب الشرعية لعقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* :

تنص المادة (٢) من دستور جمهورية مصر العربية بأن الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة هي المصدر الرئيسي للتشريع ومن ثم يصبح التعرف على مشروعية نظام الـ *B.O.T.* أمرا لازما .

ويحدد علماء الأصول أن مقصود الشريعة الإسلامية هو تحقيق المصالح بجلب المنافع ، ودرء المفاسد في الدين والنفس والعقل والمال والنسل - وهذا مفهوم

على تلخيص دور الدولة كما عبر عنه الماوردي بقوله " الإمامة موضوعه لخلافه النبوة في حراسة الدين وسياسة الدنيا " ، ^(٧٠) ومن سياسة الدنيا توفير الخدمات للناس من خلال إنشاء المرافق والمشروعات العامة مثل الطرق والتعليم والصحة واستغلال الموارد الطبيعية لصالح الأمة.

والأصل أن تقوم الدولة (الحكومة) بإنشاء وتشغيل المرافق العامة ، ومع ذلك تعهد إلى الغير للقيام بإنشاء واستغلال وإدارة مرفق عام نظير مقابل يدفعه الملتزم ، يتناسب مع ما يدره المرفق العام من عائد ، وطبقا للقواعد العامة في الفقه الإسلامي يحق لولي الأمر وضع الأحكام التي تكفل تنظيم العلاقات والمعاملات الإدارية في حدود إقرار الحق والعدل والمساواة. ^(٧١)

ويمتد فقهاء الشريعة في الحكم بأن عقد امتياز المرفق العام يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية من وجهين :

الوجه الأول : ما خلفه السلف الصالح من سوابق في هذا المضمار مثل :-

* موضوع الخراج الذي فرضه عمر بن الخطاب على أرض السواد بالعراق ، حيث آلت ملكية هذه الأراضي للدولة ، وقرر خليفة المسلمين بعد مشاورة الصحابة إبقاء هذه الأراضي في يد حائزيها لاستغلالها، مقابل الخراج الذي يدفعونه إلى بيت المال .

* موضوع الإقطاع المعروف في الفقه والنظم المالية في الدولة الإسلامية وهو ما يقوم به الإمام من تملك رقبة أو إقطاع حق انتفاع لمال من الأموال العامة لأحد الأشخاص والسلطان فيها بالخيار على وجه النظر في الأصلح أن يستغله لبيت المال وبين أن يتخير من نوي المكاة والعمل من يقوم بعمارة رقبته بخراج (عائد) يصرف في وجوه المصالح.

وجاء في إقطاع المعادن الباطنة أنه يبدأ بإنشاء ثم التشغيل ويقول الماوردي :
وأما المعادن الباطنة فهي ما كان جوهرها مستكنا فيها ولا يتوصل إليها إلا بالعمل

^(٧٠) الأحكام السلطانية للماوردي - دار الفكر العربي ١٩٨٣ ص ٥ . ويراجع مؤلف أستاذنا الدكتور / ربيع أنور فتح

الباب في " القانون الإداري القطري والمقارن " المرجع السابق ص ٧٩ وما بعدها .

^(٧١) انظر أ. د يوسف قاسم مبادئ الفقه الإسلامي دار النهضة العربية ١٩٨٥ ص ٣٨٠ وما بعدها .

كمعادن الذهب والفضة وما أشبهها من معادن باطنة فهي تحتاج إلى سبك وتخليص ويتناول إقطاعها لأحد الأشخاص حق امتياز استخراج تلك المعادن من باطنها. (٧٢)

والحقيقة أن التصرفات موضوع الأمثلة السابقة هي من قبيل العقود المبرمة لإدارة الأموال الداخلة في الدومين الخاص المملوكة للدولة ، وقد استقر قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر على اعتبار ذلك عقودا خاصة لاقطاع صلة هذه العقود بالمرفق العام. (٧٣)

الوجه الثاني: يمكن النظر إلى عقد امتياز المرفق العام على أنه عقد مستحدث ينظم علاقات مستجدة بين الناس ، وهذه العلاقات لا يوجد لها أصل يقاس عليها لأن موضوعها أو محلها لم يكن معهودا لدى قدامى الفقهاء ، وبالتالي يجب أن يتوافر في هذا العقد كافة الضوابط الشرعية العامة في العقود وهي:

- (أ) التراضي الوارد في قوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم "
- (ب) الالتزام بشروط المتعاقدين - ما لم تحرم حلالا أو تحل حراما لقول الرسول صلى الله عليه وسلم " المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا "
- (ج) أن يحقق العقد مصلحة مشروعة ومعتبرة لأحد أطرافه .
- (د) أن يخلو العقد من الربا والضرر أو الظلم أو أية حيلة تؤدي إلى ذلك (٧٤).
- (هـ) أن تكون العناصر المركب منها عقد الامتياز جائزة شرعا كل على حدة .
- (و) ألا ينطوي اجتماع هذه العقود معا في اتفاقية واحدة مركبة النهي الوارد في أحاديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي (٧٥):

- ما روي أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة .
- ما ورد أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن صفقتين في صفقة .
- ما ورد أن الرسول صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع بشرط .

وقد ورد في شأن ذلك شروح في كتب الفقه الإسلامي ، بأن النهي ليس على مطلق الجمع بين العقود أو تركيبها إنما النهي يخص الجمع أو التركيب الذي يؤدي

(٧٢) الأحكام السلطانية للماوردي ، ص ١٦٦ .

(٧٣) أنظر أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٥٥ .

(٧٤) أنظر ورقة العمل المقدمة لمؤتمر الـ B.O.T. بالقاهرة في يناير ٢٠٠١ د. محمد عبد الحميد عمر

(٧٥) موطأ الإمام مالك ٦٦٣/٢ و مسند الإمام أحمد ١/١٩٨ والفتاوى الكبرى لابن تيمية ١٤٥/٥ .

إلى الضرر أو إلى الربا ،، ويرى الفقهاء أن النهي شرعا ينصرف إلى ما يؤدي إلى عدم تحديد معلومية التزامات طرفي العقد المجمع أو المركب بدقة ، وكذا إذا اجتمع عقد معاوضة مع عقد تبرع وإرفاق مثل البيع والسلف أو القرض لأنه ذريعة إلى الربا أو لتضاد في طبيعتها.^(٧٦)

وفي مجال التطبيق العملي في البنوك الإسلامية بأسلوب المشاركة المنتهية بالتملك يحتوي العقد على عناصر هي:

« عقد مشاركة بين الملتزم (البنك وعميله) لإنشاء مشروع بنظام B.O.T حيث تقدم الحكومة الأرض وتمنح الامتياز والترخيص للملتزم لإدارة وتشغيل مرفق الامتياز ، ويقتسم العائد بنسب يتفق عليها في ضوء أحكام عقد الامتياز المبرم بين الحكومة (طرف أول) وبين الملتزم .

« وأحيانا يتفق الطرفان وفق أسلوب B.O.T على تأجير المرفق إما للجهة الحكومية ، وإما للملتزم مقابل أجر محدد يدفعه المستأجر ، وعلى أن يتم نقل الملكية للدولة في نهاية المدة .

و في الحالتين تعد هذه الاتفاقات ملزمة ومن صلب التعاقد وهي جائزة شرعا ، حسبما أقرته الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية ، وما صدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجوازها شرعا .

والحقيقة أن المشاركات المنتهية بعقد تملك ، وما يرتبط به من اتفاقيات فرعية ، ينبغي النظر في شأنها إلى العقد الأصلي وتكييف طبيعته ، فإذا ما توافرت فيه الأركان والشروط القانونية اللازمة لاعتباره عقدا إداريا جرى إبرامه مع الحكومة بغرض تنظيم وتسيير واستغلال مرفق عام حينئذ يصدق القول فيه بأنه عقد امتياز بنظام الـ B.O.T وهذا العقد جائز شرعا سواء باعتباره عقدا مستحدثا تتوافر فيه ضوابط العقود الشرعية أو باعتباره عقدا مركبا من عدة عقود وكل عقد منها بمفرده ليس فيه مانع شرعي كما لا يبدو في اجتماعها في عقد واحد

^(٧٨) د. نزيه حماد العقود المستجدة ضوابطها وغاياتها بحث مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة ١٩٩٦ ، ص ١٧ - ٢١ .

خرج شرعا لعدم إفضاء اجتماعها إلى التناقض و تضاد في الصفات والأحكام أو إلى الربا أو الضرر أو غير ذلك من المحظورات الشرعية.^(٧٧)

رابعاً: الآثار المالية والاقتصادية لعقد الامتياز بنظام الـ B.O.T.

إن الاتجاه نحو العولمة في المجالات الاقتصادية بتطبيق آليات جديدة لتنشيط استثمارات القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية بنظام الـ B.O.T. نالت تأييدا ومساندة من قبل البنك الدولي كإستراتيجية لزيادة الكفاءة ، وخفض الأعباء عن الموازنة العامة من ناحية ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى لما يتمتع به هذا النظام من مزايا أهمها:

- ١) توفير أساليب تمويلية مبتكرة لتمويل مشروعات البنية الأساسية الضرورية ذات التكاليف المرتفعة نتيجة للتطور التكنولوجي.
- ٢) تستطيع الدولة توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الإستراتيجية.
- ٣) يسهم الامتياز في نقل مخاطر تنفيذ المشروعات من الدولة إلى القطاع الخاص مع ضمان الإشراف عليها من قبل الأجهزة المعنية.
- ٤) تمكين القوى البشرية من اكتساب الخبرات الفنية العالية من خلال استخدام وسائل التكنولوجيا المتطورة في مشروعات الـ B.O.T. .
- ٥) زيادة فرص التنمية الاقتصادية وتحسين مستوى الدخل .
- ٦) تنشيط سوق المال عن طريق التوسع في إنشاء شركات جديدة وطرح أسهم وسندات وهي سبل جديدة للاستثمار .

وقد ترتب على الأخذ بآلية الامتياز بنظام الـ B.O.T. حدوث آثار إيجابية على البورصة والميزانية العامة للدولة ، ومصادر التمويل من القطاع المصرفي ، وقطاع التأمين، وتشغيل العاملين المصريين كما يلي:

^(٧٧) وبانزال هذه المبادئ العامة على عقود الامتياز الصادرة بقرارات مجلس الوزراء أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨ منح امتياز إنشاء ثلاث مطارات بنظام الـ B.O.T. تبين أن العقود الثلاثة قد التزمت بتنفيذ ما أمرت به وما نمت عنه قواعد الشريعة الإسلامية ومن ثم تكون متفقة مع أحكامها.

(أ) أثر مشروعات الـ B.O.T. على البورصة والميزانية العامة للدولة :

من الثابت أن الملتزم يتحمل وحده تكلفة إنشاء مشروع الامتياز - ومصاريف إدارته وصيانتته طوال مدة العقد . فيلزم أن يدبر الموارد المالية الكافية للقيام بالتزاماته العقدية ، والمدخل لذلك هو بورصة الأوراق المالية سواء في سوق الإصدار أو سوق التداول ، نتيجة إصدار أسهم الشركات الجديدة التي جري تأسيسها لهذا الغرض سواء أكانت مغلقة أو ذات اكتتاب عام .

أما إذا كان الملتزم شركة قائمة فعلا ومنحت التزام المرفق العام، فهي تستطيع أن تدبر تمويلا ذاتيا لها عن طريق زيادة رأس مالها ، حينئذ سوف ينشط سوق الإصدار والتداول نتيجة إصدار الأسهم الجديدة لزيادة رأس المال بما من شأنه إيجاد بضاعة جديدة في السوق قابلة للتداول في البورصة و جذب رأس المال المصري والعربي والأجنبي للدخول في البورصة المصرية ، كما ينشط سوق الإصدار وسوق التداول إذا ما لجأت الشركة إلى إصدار سندات أو صكوك تمويل ذات عائد مجز سواء أكان ثابتا أو متغيرا (٧٨).

وعلى ذلك فإن استخدام أموال القطاع الخاص في إقامة المشروعات بنظام الـ B.O.T يقلل من حاجة الدولة إلى الاقتراض من الأسواق العالمية ويجنبها الضغوط السياسية كما ينقل عبء المخاطرة إلى القطاع الخاص الذي يتحمل وحده تكاليف المشروعات وصيانتها دون تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء .

(ب) أثر عقود الـ B.O.T. على مصادر التمويل من القطاع المصرفي :

إن تمويل القطاع المصرفي لنظام الـ B.O.T من شأنه أن يؤثر بالسلب على مصادر التمويل المحلي، ما لم تخضع شركات الـ B.O.T لمعايير الجدارة الائتمانية المتبعة طبقا لنسبتي الاحتياطي والسيولة الواجب توافرها لدى البنوك والقواعد

(٧٨) بالنسبة لسوق إصدارات الأسهم - تشير الإحصائيات العالمية إلى ارتفاع مذهل في حجم الأموال العابرة للحدود إذ قدر اتحاد البورصات الدولي حجم التداول في سوق إصدارات الأسهم بين اليابان والولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٩٢ بحوالي ١.٣ تريليون دولار .

وبالنسبة لأسواق الأسهم الناشئة "Emerging Stock Markets" فقد لوحظ إستفادة هذه الأسواق في قضاها من عملية ضخ أكثر من ٥٠ مليار دولار منذ بداية التسعينيات من المصارف والمؤسسات والصناديق الاستثمارية ، انظر مؤلف أ. د. حسين فتحي (التوريق المصري للديون) دار أبو المجد للطباعة ١٩٩٩ (ص ١٦).

والضوابط والشروط المتعلقة بمنح الائتمان و الحدود القصوى لمنح القروض بالنسبة للعميل الواحد على مستوى جميع البنوك - فحينئذ لا خوف على مصادر التمويل المتاحة من جانب الجهاز المصرفي .

وينبغي النص في عقود امتياز الـ B.O.T بأن يتم تدبير نسبة معينة من تكلفة التنفيذ عن طريق التمويل الذاتي وتوفير الضمانات المصرفية الكافية لتغطية القروض وفوائدها عند تخلف الشركة أو تعثرها في السداد وبذلك ينتفي أي تأثير سلبي قد يترتب لعقود امتياز الـ B.O.T على مصادر التمويل المحلية .

وقد كان لتوجيهات البنك الدولي ومؤسسة التمويل الدولية I.F.C ومنظمه اليونيدو UNIDO اثر فعال في مجال تمويل مشروعات الـ B.O.T عن طريق البنوك بضرورة توافر شروط الائتمان وفق المعايير الآتية : (٧٩)

- عدم زيادة حجم التمويل لأي مشروع على ٣٠% من القاعدة الرأسمالية للبنك في صورة استثمارات طويلة الأجل
- أن التمويل في مشروعات الـ B.O.T يحتاج إلى استعلامات وإفيه وضمانات خارجية الأمر الذي لا يتوافر للبنوك صغيرة الحجم فضلا عن ارتفاع التكلفة الاستثمارية مما يجعل هذه البنوك عاجزة عن تقديم التمويل المطلوب.
- أن تمويل هذه المشروعات أو إقراضها يتطلب توفير عملات أجنبية لاستيراد مكونات وتحويل فوائض مالية.

(٧٩) مجلة الأهرام الاقتصادي مقال الباحث رشدي صالح عبد الفتاح بعنوان خمسين مليار جنيه في أربع سنوات لماذا لا يجذب الـ B.O.T البنوك العدد ١٦٤٦ الصادر في ٢٤ يوليو ٢٠٠٠ . وما زالت البنوك تتردد منح هذه المشروعات القروض مثلما حدث في مشروع كهرباء بور سعيد وشمال خليج السويس ، بعد رفض البنوك المحلية ما عدا بنكي التجارة الدولي، والعربي المحدود تزويد الهيئة بقرض قدرة ١٥٠ مليون دولار وعلى ذلك بعدم وجود موارد دولارية كافية لديها وطول مدة القرض (١٧ عاما) وعدم إمكانية التأكد من توافر موارد دولارية مستقبلة للشركة علما بأنها وفرت قروضا لشركه (انترجن) التي تنفذ محطة سيدي كبري ويعتبر البنك الأهلي المصري من أول البنوك التي ساهمت في إنشاء شركات متخصصة لهذا الغرض منها:

- < شركة محطة حاويات السويس-ساهم فيها بنسبة ٥٥% من قيمة الأسهم البالغة ٥٥ مليون دولار.
- < الشركة المصرية للاستثمار العمراني والتشييد -ساهم في رأسمالها بنسبة ١٠%.
- < الشركة المصرية العالية للتصميم العمرانية-ساهم فيها بنسبة ١٥% من رأسمالها.
- < الشركة العالية لمشروعات البنية الأساسية والتشييد ساهم فيها بنسبة ١٠% من رأسمالها

هذا وتوجد عدة خطوات تتبعها البنوك المصرية لتمويل المشروعات بنظام الـ *B.O.T.* بمراعاة القواعد التي تحكم الاستثمار و الإقراض ويختلف الأمر في حالة المساهمة في شركة المشروع أو منح ائتمان مصرفي لمشروع قائم فبالنسبة للمساهمة في إنشاء شركة وفق هذا النظام فإن البنك يقوم بتحديد نسبة مساهمة البنك في رأسمالها وفق السياسة الموضوعية حسب نوع النشاط وحجمه و العائد المتوقع منه و المدة واعتبارات تتعلق بالمؤسسين وغيرها بما لا يتجاوز الضوابط القانونية ، علي أن يتولي البنك أعمال وكيل المؤسسين وتلقى الاكتتابات حتى إتمام إنشاء شركة امتياز الـ *B.O.T.* مع استمرار البنك في الإشراف و المتابعة^(٨٠) .

وعلى ذلك إذا ما أحسن اختيار الشركات التي تسند إليها مشروعات الـ *B.O.T.* وفق ضمانات وشروط واضحة فلا شك في المردود الإيجابي على البورصة والميزانية العامة والقطاع المصرفي بصفة خاصة والاقتصاد القومي بصفة عامة .

وفي الحقيقة أنه يجب التعامل مع هذه المشروعات بفكر جيد وضوابط وفق اعتبارات العائد المتوقع ، والضمانات الحكومية المقدمة لها ، والوسائل القانونية التي تكفل مواجهة حالات عدم السداد ، وذلك من خلال دراسة القدرة على استرداد حق البنك عن طريق حوالة الحق من حصيلة: الرسوم وبيوالتص التأمين والتأمين الشامل والإضافي على المشروع ضد الأخطار المحتملة.

(ج) أثر التأمين على المخاطر في مشروعات الـ *B.O.T.* في مجال التأمين:

من المتعارف عليه أن المستثمر يتخذ قراره باختيار أية دولة لاستثمار أمواله فيها من خلال تحليل و تقييم عدة عناصر أهمها في المقام الأول: توافر مناخ ملائم للحصول على عائد مجز يفوق القدر الذي يتحقق في الفرص البديلة ، وتوافر حماية قانونية و ضمان ضد المخاطر التي تنتج من الإجراءات السياسية والاقتصادية والأمنية كالتأمين و المصادرة والكوارث الطبيعية والحرب و العصيان و التمرد والتلوث وذلك على سبيل المثال لا الحصر .

^(٨٠) يلاحظ في هذا الخصوص أنه: "عند زيادة بنك لرأس ماله لغرض أو لآخر أو حين يحتاج لسبولة نقدية يكون لديه إمداً أن يطرح أسهما لزيادة رأس ماله أو يلجأ للإقتراض من بنك آخر أو طرح سندات مديونية للإكتتاب العام وهو ما يعد قرضاً جماعياً مقابل فائدة." وفي الحالة الأخيرة يمنح البنك الدائنين حق إمتياز أو إختصاص أو رهن على بعض ممتلكاته وفي كل الأحوال يعول الدائنون بالدرجة الأولى في شأن الوفاء بديونهم على البنك. انظر أ.د. حسين فحى المرجع السابق.

والحقيقة أنه بالرغم من أهمية المظلة القانونية ضد المخاطر المكفولة
لمشروعات الـ B.O.T بموجب التشريعات المحلية والاتفاقيات الدولية وعقود
الامتياز ، إلا أن توفير ضمان تأمين خاص لدى شركات و مؤسسات التأمين يمثل
العامل الحاسم ، و السبيل الآمن لصالح المستثمر لتوجيه أمواله في الدولة التي
تتحقق فيها هذه الميزة .

من أجل ذلك كفل المشرع المصري الغطاء التأميني بموجب قانون الإشراف
والرقابة على التأمين رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٩٥ -
ولاحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير الاقتصاد و التعاون الدولي رقم ٣٦٢ لسنة
١٩٩٦ حيث تقضى المادة الأولى منه - بند ثانيا: (تأمينات الممتلكات و المسؤوليات)
يأن التأمين في مجال تطبيق القانون يشمل تأمينات حياة الأشخاص و الممتلكات
والمسؤوليات ضد أخطار الحريق و أخطار النقل البري و الجوي و التأمين على أجسام
الطائرات و آلاتها و مهماتها و التأمين ضد أخطار الحوادث المتنوعة و المسؤوليات
المتعلقة بكل ذلك .^(٨١)

ومن هنا برز الإقدام نحو تطوير أساليب التأمين في المؤسسات و الشركات
للقطرية و الدولية للقيام بأعمال التأمين على الأموال و الممتلكات المستثمرة في
مشروعات الـ B.O.T و صرف المقابل المادي لدى حدوث أي من المخاطر المتفق
عليها في وثيقة التأمين .

و قد تم لهذا الغرض إنشاء مؤسسات إقليمية لضمان الاستثمار هي : ^(٨٢)

١- المؤسسة العربية لضمان الاستثمار .

٢- الوكالة الدولية لضمان الاستثمار .

٣- المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات .

وقد لعبت هذه المؤسسات دورا كبيرا في تشجيع الاستثمار وفق أسلوب "
البناء ، والتشغيل ، و نقل الملكية " تجلى في القيام بمهام الترتيب لتجميع التمويل
اللازم للمشروع في مجالات:

^(٨١) يمكن تعديل القرار الوزاري حتى يشمل الغطاء التأميني مختلف المخاطر المشار إليها أو غيرها عند الاقتضاء .

^(٨٢) انظر ورقة د. عبد الرحمن طه " دور التأمين و الضمان في دعم و تشجيع الاستثمار وفق أسلوب
الـ B.O.T " مؤتمر البناء و التشغيل و نقل الملكية B.O.T. المعقد في القاهرة بتاريخ ٢٧-٢٨ يناير ٢٠٠١ .

❖ تمويل مشروع الطاقة المصري " سيدي كرير " .

❖ ضمان قروض تمويل مشروع المتحدة للطاقة في الخليج .

❖ تأمين مساهمات المستثمرين ضد التأميم والمصادرة وأية إجراءات مماثلة .

❖ تأمين حقوق المساهمين وأرباحهم ضد القيود على صرف العملة المحلية

بعملة أجنبية و تحويلها خارج البلد المضيف للاستثمار .

❖ تأمين منشآت المشروع ضد الحروب و الاضطرابات المدنية و كل أعمال

العنف العسكرية أو السياسية .

❖ تأمين حق المستثمرين ضد إخلال الدولة المضيفة بالتزاماتها التعاقدية .

وحقيقة الأمر أنه يترتب على قيام شركة التأمين بصرف قيمة الوثيقة بأن

تحل محل الملزم في الحصول على حقه استنادا إلى حكم المادة ٣٢٩ مدني و قضاء

محكمة النقض بأن " القاعدة الأساسية في الوفاء مع الحلول في ظل القانون المدني

مادة ٣٢٩ - أن الموفي يحل محل الدائن في حقه ذاته بما له من خصائص بغض

النظر عن طبيعة علاقة الموفي بمن اتفق معه على الحلول ، و يعتبر من توابع الحق

الفوائد فتنتقل إلى الموفي بسعرها المعين . (٨٣)

وبطبيعة الحال يكون من صالح الجهة الماتحة أن يختار الملزم و سيله

التأمين ضد المخاطر المشار إليها ، على أن يكون منصوبا على ذلك في عقد

الامتياز ، ويتعين على شركة التأمين الحصول على وكالة خاصة تثبت نزول الملزم

عن حقه في التعويض المنصوص عليه في العقد وتفويضها تمثيل الملزم في

التقاضي أمام المحكمة أو جهة التحكيم المختصة بالتطبيق لحكم المادة ٧٠٢ من

القانون المدني و حكم النقض في الطعن رقم ١٨٧٤ س ٥٠ ق : بأنه إذا كان الاتفاق

بين الوكيل والغير منظويا على تصرف قانوني هو النزول عن حق للموكل أو الإقرار

بحق قبله للغير فإنه يجب عندئذ أن يكون لدى الوكيل وكالة عامة ينص فيها صراحة

على تفويضه بإجراء التصرف المذكور " (٨٤) ،،، ويتحقق ذلك كله بموجب اتفاق يبرم

(٨٣) الطعن رقم ٤٤٧ س ٤٢ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١ .

(٨٤) أنظر مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض إعداد المستشار محمود نبيل البناوي - المجلد الثاني ١٩٨٩

ص ٢٢٤، ص ١٢٧٨ - الطعن رقم ١٨٧٤ س ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٣/١٣

بين أطراف الرابطة العقدية وهم الملتزم وشركة التأمين و الجهة الماتحة لحسم ما قد ينشأ من خلاف بينهم في هذا الخصوص .

ومما لاشك فيه أن توفير ضمان الاستثمار ضد الأخطار ينعكس أثره الإيجابي في تنشيط سوق المال والمستثمرين في مجال التأمين ، وإتاحة الفرصة لتشغيل الأيدي العاملة واكتساب الخبرات ، ويؤمن البلاد لمواجهة مثل ما أظهرته التجربة في الأزمة المالية الآسيوية من مخاطر ، مع ضمان حقوق المستثمرين في ظل التغييرات السياسية الطارئة وغير المتوقعة ، فمن أمن ماله أمن نفسه .

(د) أثر عقود امتياز الـ *B.O.T.* في تشغيل العاملين المصريين :

إن الشركات العاملة بنظام الـ *B.O.T.* الذي يجري تأسيسها وفقا لقانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ تتمتع بمزايا وحوافز وضمانات واعفائها من الالتزام بأحكام بعض القوانين القائمة ومن بينها قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

غير أنه فيما يتعلق بعدد و أجور العاملين المشتغلين بهذه الشركات - مهما كانت نسبة مشاركة الأجانب في أسهمها - فإن هذه الشركات تلتزم بتنفيذ أحكام المواد أرقام ١٧٤ و ١٧٥ و ١٧٦ من قانون الشركات التي تقضى بوجوب : ألا يقل عدد المصريين المشتغلين بهذه الشركات عن ٩٠% من مجموع العاملين بها، وألا يقل ما يتقاضونه من أجور عن ٨٠% من مجموع أجور العاملين بها - وألا يقل عدد العاملين الفنيين و الإداريين المصريين عن ٧٥% من مجموع العاملين ، و ألا يقل مجموع ما يتقاضونه من أجور و مرتبات عن ٧٠% من مجموع الأجور والمرتبات للفئات المذكورة من العاملين بها.

و قد استهدف المشرع بذلك تأمين تشغيل الأيدي العاملة المصرية في شركات امتياز الـ *B.O.T.* للتخفيف من حدة البطالة ، وإتاحة الفرصة أمام العاملين المصريين لاكتساب خبرات متقدمة ، وخلق كواثر في مختلف مجالات أنشطة تلك الشركات ، للنهوض بأعباء ومسئوليات العمل بها عند انتهاء مدة الامتياز و انتقال ملكيتها إلى الدولة مستقبلا .

خامسا : أهمية إصدار تشريع خاص بنظام امتياز الـ B.O.T. وتطوير التشريعات العربية في مواجهة التغيرات القانونية المصاحبة للعولمة : (٨٥)

ظهرت فكرة العولمة في العقود الأخيرة من القرن العشرين علي مرتكزات أهمها : الثورة التكنولوجية العالية و النمو الهائل في حجم وكفاءة الشركات العالمية ، والتي اتجهت لفتح أسواق خارجية عن طريق الانتقال للعمل والإنتاج في دول أخرى بعد أن ضاقت بها أسواقها الوطنية، وتبعاً لذلك ظهرت عدة تكتلات واحتكارات ضخمة^(٨٦) حولت العالم إلي سوق اقتصادية وتجارية ومالية واحدة ، وتم ذلك ويتم بشكل تدريجي وبنحو متسارع علي أثر انهيار النظام الاشتراكي ، واتجاه الدول نحو الأخذ بآليات الاقتصاد الحر . وباتت وحدة السوق العالمية مطلباً لتحقيق في ظل ثورته وسائل النقل وشبكات الاتصال الحديثة فأصبح العالم كله قرية كبيرة *Global Village*^(٨٧) تقوم الشركات متعددة الجنسيات بتوزيع عملها إنتاجاً وتجارة علي أكثر من دولة في أكثر من قارة.

وبات أمراً طبيعياً أن تجد شركة تطرح أسهمها في عدة بورصات عالمية ومقرها الرئيسي في إحدى الدول الكبرى بينما نشاطها يغطي قارات العالم الست، وتم ذلك في إطار قانوني ومؤسسي دولي يتمثل في منظمة التجارة العالمية وما يدعمها

^(٨٥) ولزبد من التفصيل في آثار العولمة علي التنظيم الإقليمي العادي أنظر رسالة الدكتوراه بعنوان "مفهوم العالمية في التنظيم الدولي المعاصر" الدكتور جاسم محمد ذكريا عين شمس عام ٢٠٠١ ص ٤٣٢ وما بعدها ويقول "إن التاريخ حافل بأفكار ولدت باطلة لا يجمعها بالصحة والأصالة أيما نسب. لكنها تقنعت بقناع الأصالة لتدخل التاريخ كلص يدخل مزلا بمفتاح مزيف ويرى أن الحكم علي الأفكار ينبغي أن ينهض علي مرجعية ذاتية لها ركائزها الثابتة التي توفر إمكانية الحكم علي التغيرات من خلالها ، وبحسبان ما تقدم فإن فصل الخطاب في قضية الأفكار يحكمه قوله سبحانه وتعالى: (كذلك يضرب الله الحق والباطل فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض كذلك يضرب الله الأمثال) * للنين استجابوا لرهم الحسنى والذين لم يستجيبوا له لو أن لهم ما في الأرض جميعاً ومثله معه لافتدوا به أولئك لهم سوء الحساب وماوهم جهنم وبئس المهاد (١٦-١٨: الرعد) .

^(٨٦) أنظر مقال دكتور إسماعيل صبري عبد الله "أبرز معالم الجدة في نهاية القرن العشرين مجلة عالم الفكر المجلد ٢٦ العددان الثالث والرابع ١٩٩٨ ص ٤٥٤ ويقول "تستقطب هذه الاحتكارات الكفاءات المتميزة وتقوم بتداولهم عبر فروعها متبعة سياسة "Head hunting" اصطيد الرؤوس النابغة في شتى ميادين العلوم . ثم تتولى الإنفاق عليهم وربطهم بها منذ مراحل الدراسة الجامعة حتى إذا ما آن أوان عطائهم أخذتهم تلك الاحتكارات حبيداً في كتابها "

^(٨٧) ومعناها القرية الكونية أنظر ر . الدكتور جاسم محمد ذكريا المرجع السابق ص ٣٨ ؛

من اتفاقات تحرير التجارة الدولية وحركة انتقال الأفراد ورؤوس الأموال حتى أن العولمة بأدواتها ومرتكزاتها أصبحت وكأنها ثمرة تطور طبيعي في تاريخ البشرية. والحقيقة أن دور الدولة في ظل العولمة لا يغيب ، وإنما يزداد الاحتياج إليه لتحفيز قوى الإنتاج و مضاعفته ، وإحكام الرقابة على سلامة الأعمال عن طريق وضع نظم الحماية للحفاظ على حقوق المستثمرين وما يرتبط بالنشاط الاقتصادي في الدولة من قواعد مساندة لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته .

وفي هذا المضمار بات ولا مناص من تحديد إطار قانوني متكامل لعقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T* يجعل من هذه الآلية خيارا استراتيجيا بوضع قواعد قانونية شاملة تستهدف تحقيق توازن في العلاقة بين طرفي عقد الامتياز - دون إفراط أو تفريط - ويحملنا على تبني هذا النظر ندرة النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد حيث تحكمه بالدرجة الأولى بنود العقد المبرم بين طرفيه، ومن ثم تكون الحاجة ماسة إلى تشريع شامل يحكم هذا النظام الذي امتدت مشروعاته في مجالات البنية الأساسية، ويأخذ سبيله قدما في مختلف الأنشطة الاقتصادية و التنمية .

وإن صدور قانون موحد من شأنه أن يتيح للمستثمرين الوقوف على الأوضاع القانونية لدى تقديم عروضهم في المنافسات المطروحة حيث يكون متاحا لديهم سلفا معرفة القوانين الحاكمة واطمئناتهم يقينا إلى استثمار أموالهم في ضمان وأمان .

هذا ويلتقي مع رأينا في المسار رأي ثان يتسع نطاقه في المطالبة بتطوير التشريعات العربية لمواجهة آثار العولمة فيقول : ^(٨٨) وهم يطلقون مصطلح *Mondialisation* باللغة الفرنسية (وبالإنجليزية *Globalization*) على العولمة " وليس مصطلح *Internationalisation* ^(٨٩) الذي يقابله بالإنجليزية *Internationalism* وتستهدف العولمة خلق سوق عالمية واحدة لا تحكمها فيه

^(٨٨) ولزبد من الغصيل أنظر مقال الدكتور فاروق محمد الاباصرى المنشور بصحيفة الأهرام القاهرية بتاريخ ٢٣ مارس ٢٠٠١ بعنوان "تطوير التشريعات العربية في مواجهة العولمة".

^(٨٩) هذا المصطلح و ما يقابله بالإنجليزية "معناه" سياسة التعاون بين الدول وبخاصة في الحقلين السياسي والاقتصادي - أنظر : المعجم العملي للمصطلحات القانونية والتجارية والمالية فرنسي عربي تأليف الأستاذ يوسف شلاله مشاة المعارف بالاسكندرية المردد ٢٠٠٠ للأستاذ منير البعلبكي بيروت وأنظر بحث السيد ياسين "في" مفهوم العولمة " في ندوة العرب والعولمة تحرير د. أسامة أمين الخولي مركز دراسات الوحدة العربية الطبعة الثانية بيروت ١٩٩٨ ص ٤٠، ٣٩.

سوى قانون المنافسة، وهي في سبيل ذلك تحمل بين طياتها إيجاد مفاهيم قانونية جديدة ، تعتمد على ركائز قانونية أهمها :

(١) إيجاد مصادر قانونية منافسة لسلطة الدولة في مجال التقنين : ويتم ذلك عن طريق ظهور أشخاص جديدة لديها المكنة لوضع قواعد قانونية تنظم نشاطاتها بعيداً عن الدولة من خلال القوي الاحتكارية للشركات متعددة الجنسيات انطلاقاً من مبدأ أن القوي لا يتبع الضعيف.

(٢) إيجاد القوانين العابرة للحدود : حيث ظهرت القوانين الاقتصادية العابرة للحدود لمراقبة المنتجات الإستراتيجية ، فتمنع وصولها إلى الدول التي يضعها الراعي الرسمي للعولمة في القائمة السوداء. (٩٠)

(٣) عجز المبادئ القانونية التقليدية في مواجهة الغزو المعلوماتي : ذلك أن مبدأ سيادة الدولة ينطوي على حق قبول أو رفض ما قد يوجه إليها من خارج إقليمها ، ولكن الدولة في ظل العولمة لم تعد قادرة على رفض ما يُبثُّ لها من الخارج ، ومن هنا وجد في الفقه الغربي من يبشر بفكرة الدولة بغير حدود .

ويضيف الرأي الثاني بأنه على البلاد العربية أن تتخذ الوسائل المتاحة لديها لمواجهة التحولات القانونية للعولمة بإتباع الآليات الآتية :

(أ) تفعيل القوانين والاتفاقيات العربية القائمة: فقد أصبح وضع اتفاقيتي " السوق العربية المشتركة " و " محكمة العدل العربية " موضع التنفيذ أمراً لا مفر منه من أجل الاستفادة بالإمكانات العربية الإستراتيجية في هذا المجال.

(ب) أهمية تشريعات حماية المستهلك: بمنح جمعيات حماية المستهلك الضمانات القانونية لممارسة دورها في الحماية، وبما يكفل حمايته في مواجهة العولمة .

(ج) تطوير القوانين العربية في مجال الملكية الفكرية و الذهنية: وذلك بمراجعة التشريعات في هذا المجال لمواجهة التغييرات القانونية المصاحبة للعولمة .

وهنا نلقى الضوء على القواعد العامة للسياسة الاقتصادية في مصر والمحاور

التي تركز عليها الدولة لمواجهة آثار العولمة فيما يلي : (٩١)

(٩٠) في هذا المقام نرى " أن العولمة شعار يتبناه الكافة لكونهم شركاء في صيانة عالمهم وفي تقدمه و الارتقاء به . فإن تحولت العولمة إلى أداة يُستهدف من ورائها توزيع دولة واحدة تحكم العالم . لهذا خطر لن يسكت عليه أحد "

(٩١) " القواعد والمبادئ الرئيسية للسياسة الاقتصادية في مصر " تقرير برنامج وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية ٢٠٠٠

* البعد الاجتماعي : ينصرف هذا البعد إلى رعاية فئات المجتمع الأقل قدره من منظور إدراك الدولة بأن التنمية مفهوم متكامل يرتبط فيه البعد الاقتصادي بالبعد الاجتماعي والسياسي .

* تدعيم قدرة الدولة علي تحقيق النمو المرتفع والمتواصل : من خلال دور الدولة في تحقيق فعالية وكفاءة اقتصاديات السوق وضبط موازين الاقتصاد بمنع الاحتكار ومساندة مؤسسات وحماية المستهلك وفقاً لقواعد قانونية فعالة.

* تقوية دور المؤسسات : أكد السيد الرئيس في بيانه بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الجديدة نوفمبر ١٩٩٩ "أننا نواجه عالماً جديداً تحكمه كيانات وتكتلات كبرى ومؤسسات اقتصادية ومالية ضخمة إقليمية ودولية وضعت لنفسها قواعد وآليات جديدة للتعامل تحتاج في المقابل إلى مؤسسات وطنية قوية لها هي الأخرى قواعدها المعروفة وأساليبها الواضحة التي تمكنها من التعامل مع هذه المؤسسات والتنافس معها من موقف متعادل ومتكافئ يلبي المصالح المشتركة والوطنية".

* تأكيد شراكه المجتمع ومؤسساته في صنع القرار الاقتصادي بإشراك المستثمرين والمؤسسات المعنية والخبراء و المتخصصين و قادة الرأي في مناقشة مشروعات القوانين ، في مناخ من الشفافية في المعلومات وصولاً إلى صنع القرار الاقتصادي .

* تعزيز دور القطاع الخاص المتوازن لتحقيق النمو الاقتصادي :وفق ما أعلنه السيد الرئيس في خطابه في بور سعيد بتاريخ ٦ سبتمبر سنة ١٩٩٩م بأن مساعدة القطاع الخاص وتشجيعه تأتي في ظل دولة قوية بسلطة القانون ودور المؤسسات في الإشراف و الرقابة، وفق أسس ومعايير جديدة يَنَاطُ تنفيذها إلى :البنك المركزي و هيئة سوق المال، وهيئة الاستثمار، ومصلحة الشركات والمؤسسات الأخرى المماثلة التي تتابع وتراقب النشاط الاقتصادي.

* تدعيم الانفتاح علي دول العالم : وفق ما أكدده السيد الرئيس في خطابه في ٥ أكتوبر سنة ١٩٩٩م حيث قال إن " نقطة البداية الصحيحة في هذا البرنامج هي أننا لا نملك ترف العزلة عن هذا التطور الضخم الذي يفرض نفسه علي مسيرة التقدم الإنساني ، ولأننا لا نقبل تهميش مصالحنا، ولا نقبل إهدار فرص المستقبل المصري خصوصاً أننا نملك ميزات عديدة تؤهلنا لأن نكون جزءاً من هذا التقدم وتعزيز قدرتنا

والحقيقة أن هذه المحاور تؤكد أن الحاجة الماسة إلى إصدار قانون شامل يحكم عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. الذي بات دوره حسب التوقعات المرئية - يتعاظم في الحال والمآل.

يعتبر الاستقرار القانوني والأمن التشريعي من أهم شروط ومقومات النشاط الاقتصادي . إذ حين تتحدد المراكز القانونية للأفراد و المشروعات بصورة واضحة وتحظى بالاحترام من جانب السلطة العامة و المجتمع . فإن الأعمال تتم في سهولة ويسر ،،،، وبقدر ما يشوب هذه الأمور من غموض أو خلط أو عدم يقين بقدر ما ترتبك الأعمال بل وقد تتوقف تماماً ، فالنشاط الاقتصادي يتطلب أن تكون الحقوق علي الموارد المتاحة واضحة ومحددة ومعترف بها وأمنة من صدور تشريعات أو إجراءات غير متوقعة.

ويُثار في هذا الصدد مسألة ذات أهمية كبيرة مفادها أن أي حكم تشريعي يجوز نقضه بتشريع لاحق مادام لا يخالف نصاً دستورياً مما يولّد جاتبا من التوقع لدى المستثمر وينطوي على طلب حماية هذا التوقع في المستقبل وليس في ذلك ثمة اعتداء على سيادة الدولة ، بل هو مجرد طلب يحمل في طياته أن للمستثمر حق في التعويض عما قد يصدر من تشريعات وإجراءات مستقبلية بشأن عقد الامتياز. (٩٣)

(١٦) أنظر مؤلف د. أحمد عشوش "النظام القانوني لعقد القرض الدولي (دراسة مقارنة)" ١٩٩٠ ص ٨٧ وما بعدها.

^(٩٣) أنظر في هذا المعنى مؤلف أ.د. إبراهيم شحاتة "معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر" عام ١٩٧٢ ص ٨٤-٨٥

واضحة وفعّالة ، وغير مُعرضة لأساليب الهزات والمفاجآت المؤثرة في النشاط الاستثماري مستقبلاً . فلم يعد المستثمر الأجنبي ينظر بعين الرضا إلى الدول النامية ، فقد كانت القرارات المفاجئة كالتأميم والمصادرة في مختلف البلدان سبباً لذلك ^(٩٤) ، كما أن الدول النامية هي الأخرى تخشى من تدخل الدول الأجنبية في إدارة شئونها الداخلية وتفرض عليها شروطاً اقتصادية أو سياسية . ^(٩٥)

والحقيقة أن الاستقرار القانوني والأمن التشريعي لا يعني الجمود وعدم تعديل القوانين فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطور ومتغيرات العصر و تحولاته يعد مظهراً من مظاهر عدم الاستقرار . بما يخلفه ذلك من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد .

من أجل ذلك يصير صياغة أحكام القوانين بما يتلاءم مع اقتصاديات السوق ضرورة حتمية فالنشاط الاقتصادي بطبيعته ممتد في الزمن وجوهره التعامل مع المستقبل و الرهان عليه . وكذلك عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T ذو أجل ممتد لعدة عقود زمنية وحاجته إلى الاستقرار القانوني والأمن التشريعي ماسة في الحال والمآل .

^(٩٤) انظر

Thomas Parker Moon «Imperialism & world politics » p. 37 - 40, Macmillan, New York 1967.

^(٩٥) انظر :

Oswaldo de Rivero B. « New Economic Order & International Development Law » p. 104 et seq.; Oxford 1980.

المطلب الثاني

" تطور مفهوم الأحكام العامة

لعقد الامتياز في مصر "

تقديم :

بدأ في مصر تطور بارز ثابت الخطى في مجال العقود الإدارية وازدان هذا التطور بتحرير المنازعات الإدارية من عقل القضاء العادي ومن قبضة القانون المدني منذ صدور القانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ بإنشاء مجلس الدولة المصري مقتدياً بالنظام الفرنسي إلى حد كبير ،،، وبمقتضى القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ صار المجلس صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية، فبلغت الأحكام الصادرة عن قضائه حداً كبيراً في العقود الإدارية وقُدرا محدوداً في عقود الامتياز^(٩٦) ولكن ذلك لا يحول في نظرنا دون خضوع هذا النوع من العقود للقدر المشترك من المبادئ والأصول العامة مع سائر العقود الإدارية الأخرى - ذلك القدر الذي يحكم جميع العقود لمجرد كونها عقوداً^(٩٧).

وإنه وإن كان القانون الإداري قد تخلف به الركب حيناً من الزمن ، إلا أن التطور جعله الآن يشب إلى مراتب الكمال بما يشبه الطفرة ، وأصبح محط الأنظار للتعاون القائم بين المشرع والفقه والقضاء في نطاق إرساء قواعد القانون الإداري وتحريره من الصيغة المدنية التي تغلب عليه^(٩٨) وما يزال مجلس الدولة يصدر قضاؤه محمولاً على مبادئ وأحكام عامة ، وبهذه المثابة يبقى القانون الإداري

^(٩٦) كان الفصل في منازعات الالتزام وسائر العقود الإدارية مشتركاً بين القضاء الإداري والقضاء العادي ولا يخفى ما في هذا الاشتراك من معائب اقلها التعارض في تأصيل المبادئ القانونية ثم أصبح القضاء الإداري وحده هو الجهة المختصة باعتبار أن تلك الروابط هي من مجالات القانون الإداري أو القانون العام انظر مؤلف المستشار د. محمد ماهر أبو العينين " إجراءات المرافعات أمام القضاء الإداري " ١٩٩٥ دار الطباعة الحديثة القاهرة .

^(٩٧) يضم المشرع مع القوانين التي يصدرها مذكرات إيضاحية لتوضيح الغاية منها وتفصيل مراميها وجمهور المستغلين بالقانون الإداري " حديث النشأة " في أشد حاجة إلى ما يقوم مقام تلك المذكرات وهي المبادئ والقواعد والأحكام العامة التي يعتقها القضاء الإداري لندرة التشريعات الصادرة في شأنه.

^(٩٨) في هذا السياق تشمل كلمة " القضاء " القضاء الواقف " الذي ينير للقضاء الجالس حقيقة الواقع ، وصحيح كلمة القانون العليا. فالرواد الكبار والأسوة الحسنة من رجال الفقه والقضاء أولئك الذين عظموا بأدائهم وأثروا بفكرهم محراب العدالة وبما خلفوه من تراث يشهد لهم ونحن بعون الله وعلى آثارهم نسرد داعين الله العلي القدير أن يجزيهم عنا أحسن الجزاء ومقالى م. فاروق سيف النصر ص ٨ وأ د. أحمد فتحي سرور مجلة أخبار المحاماة فبراير ٢٠٠٢ .

متطوراً ثابت الخطي مما ينعكس أثره على عقد الامتياز ذي الطبيعة التراكمية ،،،
ونستعرض - مصداقاً لذلك - تطور الأحكام القضائية والتشريعية الصادرة بشأن عقد
الامتياز في مصر فيما يلي:

الفرع الأول

" تطور الأحكام العامة لعقد الامتياز في مصر "

الفرع الثاني

" تطور أحكام حقوق السلطة الماتحة

والملتزم في مصر "

الفرع الثالث

" تطور نظام التحكيم في منازعات

عقد الامتياز في مصر "

الفرع الأول

" تطور الأحكام العامة لعقد الامتياز في مصر "

إن عقد الامتياز في مصر من أهم العقود التي ثار بشأنها خلاف في الرأي ، فقد أعلنت المحاكم القضائية عن مبدأ وجود عقود إدارية متميزة عن عقود القاتون الخاص لصلتها الوثيقة بالمرافق العامة ، ومن أوضح الأمثلة حكم محكمة القاهرة المختلطة الصادر في ٢ أبريل سنة ١٩١٧ الذي جاء فيه : "أن الامتياز عقد من عقود القاتون العام *"Constitue un contrat de droit public"* ، وطبقت المحكمة في الدعوى القواعد الواردة في القانون المدني تأسيسا على أن القاضي مهمته تطبيق القانون لا خلق القانون .

هذا وسبق أن رفضت المحاكم القضائية أهلية ومختلطة بأن يستفيد المتعاقد مع الإدارة من نظرية الظروف الطارئة استنادا إلى النصوص المدنية ، فقد حالت المحكمة بين الإدارة وإجراء تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة إعمالا للقوة الملزمة للعقد باعتباره شريعة المتعاقدين ، وأعلنت محكمة الاستئناف المختلطة هذا المبدأ في ١٣ يونيو لسنة ١٨٩٤ بمناسبة محاولة الحكومة نقل سلخانة من مكانها في وسط المدينة إلى مكان آخر رغم إرادة الملتزم حيث تقول : (٩٩) " كما تولد الاتفاقات بإرادة الطرفين فإنها لا يمكن أن تعدل خلال المدة المقررة لنفاذها إلا برضاء الطرفين ومن ثم يكون الحكم الابتدائي قد أصاب إذ رفض طلب الإدارة".

كما أصدرت محكمة الاستئناف المختلط حكما في ٣١ مارس سنة ١٩٢٤ أنكرت بمقتضاه على شركة مياه الإسكندرية حقها في طلب زيادة المقابل الذي

(٩٩) (مجموعة التشريع والقضاء المختلط للسنة السادسة ص ٣٤٥) . ومع ذلك فقد خولت المحكمة الإدارة الحق في نقل السلخانة إلى المكان الجديد باعتبارها سلطة بوليس لا طرفا في عقد إداري (راجع رسالة الدكتور ثروت بدوي بالفرنسية عن أعمال الأمير طبة ١٩٥٥ ص ٢٣ وص ٥٢) . وإعمالا لذات المبدأ استقرت الأحكام على منع الإدارة من تغير الرسوم التي تقاضها شركات الامتياز من المنفعين أنظر حكم محكمة القاهرة المختلطة في ٢ مارس سنة ١٨٩٦ الذي أبدته محكمة الاستئناف المختلطة في حكمها الصادر في ٣ يولي ١٨٩٦ - (مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٨ ص ٣١٣) ولزبد من التفاصيل يراجع مؤلف أساذلا د / ربيع أنور فتح الباب و د/علي عبد العال في " القانون الدستوري المصري " المرجع السابق ص ٢٠٥ وما بعدها ، ومؤلف د/ محمد فؤاد مهنا " القانون الإداري المصري والمقارن " مطبعة دار النشر والثقافة ١٩٥٢ ص ٥٠ وما بعدها .

تتقاضاه من المشتركين بسبب ارتفاع التكاليف ارتفاعا كبيرا ، وقررت أن السبيل الوحيد أمام الشركة هو الاتفاق الودي مع الإدارة ، وليس للقضاء أن يعتدي على حق الإدارة في هذا الخصوص . لأن اختصاصه يقتصر على تفسير الاتفاقات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل في شروطها .^(١٠٠)

وقضت محكمة الإسكندرية المختلطة في ٦ مايو سنة ١٩٢٦ أن القانون المصري بجهل "نظرية الظروف الطارئة" وأن هذه المبادئ تسرى على العقود والامتيازات التي تبرهما الإدارة دون شك غير أن مهمة المحاكم تنحصر في تفسير العقود ، والعمل على احترام الاتفاقات التي تعقد بحرية ، ولم تخرج المحاكم الأهلية على هذا المسلك ، ويبدو ذلك واضحا من استعراض هذا الموضوع المشهور:

وحاصل الوقائع أن أحد الأفراد تعاقد مع الإدارة على توريد كمية من الشعير كان الشعير حينذاك مسعرا ، ولما بدأ المتعهد في تنفيذ العقد ألغت الحكومة التسعيرة مما ترتب عليه ارتفاع سعر الشعير ارتفاعا ضخما فتوقف عن التوريد مما اضطرت معه الإدارة إلى شراء الكمية بسعر مرتفع ثم رفعت دعوى مطالبه بفرق الثمن فدفع المتعهد بالظروف الطارئة باعتبارها من النظريات المطبقة في مجال العقود الإدارية ولكن محكمة أول درجة رفضت الدفع بقولها "إنه من المتفق عليه أن ارتفاع السعر أو تكبد المتعهد خسائر لم تكن في حسباته لا تخليه من الالتزام بالوفاء إذ أن ذلك لا يعتبر من الحوادث القهرية التي تعفيه من المسؤولية".^(١٠١)

وأمام محكمة الاستئناف أُلغى الحكم الابتدائي وقررت المحكمة إبراء ذمة المتعهد استنادا إلى انفساخ الالتزام بالظروف الطارئة التي لم يكن ليتوقعها المتعاقدان والتي تجعل التنفيذ مرهقا للمدين ولكن محكمة النقض ألغت الحكم لأنه : "أخطأ في تأويل القانون بتقريره المساواة بين الظروف الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للملتزم، وبين الحادث الجبري الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ، وتقريره الأخذ في كليهما بفسخ الالتزام على حساب الدائن وإبراء ذمة المدين،،،، وأضافت المحكمة أنه: ومن حيث أنه وإن كانت نظرية الظروف الطارئة

^(١٠٠) (مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٣٦ ص ٢٨١).

^(١٠١) محكمة الإسكندرية الأهلية الابتدائية ٢٠ ديسمبر ١٩٢٣ المجموعة الرسمية ١٩٢٧ حكم رقم ١١٦ ص ٢٢٣

تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان ، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تستيق الشارع إلى ابتداعه " (١٠٢)

والحقيقة أن حكم النقض يبرز الفارق الجوهرى بين القضاء العادى التطبيقى، والقضاء الإدارى ذى الطبيعة البريتورية (١٠٣) إذ يجب على القاضى أن يصدر حكما فيما يعرض عليه من نزاع ، ولما لم يكن أمامه نص تشريعى فطية إيجاد النص الذى يطبقه ،،، وقد استطاع القاضى الإدارى تحت ستار التفسير أولا والحاجة العملية ثانيا أن يدخل فى عالم القانون قواعد هى فى حقيقتها من صنعه لذا أطلق على القانون الإدارى بأنه قانون قضائى (١٠٤)

وبالرغم من إخضاع العقود الإدارية حينذاك للمبادئ المدنية بصفة عامة ، فإن بعض الأحكام القضائية قد أبرزت الصفات الخاصة بالعقود الإدارية وعلاقتها بالمرفق العام ومنها الحكم الصادر من محكمة الاستئناف المختلطة فى ١٠ يناير سنة ١٩٣٣ " أنه فى حالة عدم وجود تشريعات خاصة لتنظيم العقود الإدارية فإنه على المحاكم عند التصدي للمنازعات المتولدة عن تلك العقود أن تراعى المبادئ الخاصة بالعقود الإدارية، والتي يمكن استمدادها من المبادئ العامة التى يقوم عليها القانون الإدارى ذلك القانون الذى يوجد حتما فى كل دولة متحضرة " (١٠٥)

ولكن هذا الاتجاه ظل نظريا فلم يتمخض عن نظام قانونى واضح المعالم للعقود الإدارية يميزها عن عقود القانون المدنى حتى صدر تنظيم عقود الامتياز بمقتضى

(١٠٢) حكم النقض الصادر فى ١٤ يناير لسنة (المجموعة الرسمية سنة ١٩٣٢ حكم رقم ١١٠ ص ٢١٠) ١٩٣٢ .

(١٠٣) *Pretorioe* مصطلح من اصل لاتينى يعنى الحكم الشرعى وجاء منه اصطلاح *Droit Protorial* ومعناها فقه الحكم الشرعى - انظر معجم المنهل ص ٩٧٠ .

(١٠٤) وجدير بالذكر فى هذا الصدد أن الفكر القانونى فى مجال الاجتهاد والتفسير قد تطور حاليا إلى أبعد مدى ، ونجد ذلك فى العديد من أحكام المحكمة الدستورية العليا بأعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحته . مرده أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية . إذ هى غير متعلقة على نفسها، ولا تضفى قدسية على أقوال أحد من الفقهاء فى شأن من شؤونها، وطالما أن الاجتهاد والتفسير حق لأهل الاجتهاد. فأولى أن يكون هذا الحق مقررا لولى الأمر ينظر فى كل مسألة مستعينا بمن يفقهون دينهم،،، ويجوز له أن ينظم شئون العباد فى بيئة بذاتها تستغل بأوضاعها وظروفها الخاصة بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله - مستلهما فى ذلك حقيقة أن المصالح المعتبرة هى تلك التى تكون مناسبة لقاصد الشريعة متلاقية معها . ولزيد من التفاصيل انظر المحكمة الدستورية العليا فى الأحكام أرقام ٧ لسنة ٨ ق ٣٥ لسنة ٩ ق ١٨ لسنة ١٤ ق ٨٢ لسنة ١٧ قضائية دستورية .

(١٠٥) (مجموعة التشريع والقضاء المختلط السنة ٤٥ ص ١١٤)

القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام مرافق العامة ، ثم تطورت أحكام الاختصاص القضائي لعقد الامتياز بإنشاء مجلس الدولة سنة ١٩٤٦ حيث جرى تحديد هذا العقد ضمن المسائل الداخلة في اختصاص المجلس على سبيل الحصر بينما احتفظت المحاكم القضائية - أهلية ومختلطة باختصاصها كاملا في مجال العقود الإدارية ، وإن كان قسم الرأي بمجلس الدولة قد احتفظ بحق الفتوى فيما يعن للإدارة بطبيعة الحال من أمور تتعلق بمنازعات العقود الإدارية.

وظل الحال هكذا حتى صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٤٩ الذي قضى باختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية ، وقضى القانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ بأن يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد آخر " وقد ورد النص رقما ولفظا في القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٥٩ في شأن تنظيم مجلس الدولة وفي القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بحيث شمل اختصاص محاكم مجلس الدولة كافة منازعات العقود الإدارية وبالتالي توحدت القواعد الموضوعية التي تحكم المنازعات المتعلقة بها.

وفي هذا الصدد قضت محكمة القضاء الإداري بأن العقد المحرر بين المدعى ومصلحة مصيد الأسماك بتحويله حق استغلال بعض مناطق الصيد هو في حقيقته عقد التزام موضوعه استغلال موارد الثروة الطبيعية ، مما ينظمه نص المادة الخامسة من قانون مجلس الدولة ، ولا حجة فيما تدعيه الحكومة من أن عقود الالتزام المنصوص عليها في هذه المادة مقصورة على عقود التزام المرافق العامة إذ أن عبارة المادة وردت بصورة عامة ومطلقة دون تحديد نوع معين دون الآخر ولا تخصيص بلا مخصص ومن ثم يكون الدفع بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى في غير محله متعيينا رفضه. (١٠٦)

(١٠٦). د. الطماوى في العقود ص ٣٥ ، ٣٨ ، وأ.د. محمد سعيد في العقود الإدارية ص ١٠٣ ، ١٠٤ وأ.د. فزاد العطار في القانون الإداري سنة ١٩٧٦ ص ٥٨١ وأ.د. مصطفى أبو زيد : أن العبرة هي بطبيعة المنازعة ذاتها لا بشخص رافع الدعوى والقاعدة أن الفرع يتبع الأصل لما يجعل القضاء الإداري مختصا بعقد الكفالة التابع لعقد إداري ص ٢٦٨ منشأة المعارف وأ.د. ماجد راغب في القضاء الإداري ١٩٨٧ ص ٢٢٩ " أن اختصاص القضاء الإداري اختصاص مطلق وشامل لأصل المنازعة وما يفرع عنها. حين درويش في قانون مجلس الدولة الموحد ص ٢٤ أن القضاء الإداري يختص

الفرع الثاني

" تطور أحكام حقوق السلطة المانحة والملتزم في مصر "

(١) حق السلطة العامة في تعديل نظام المرفق و تعديل قوائم الأسعار : " إذا كانت المادة الخامسة من قانون التزامات المرافق العامة قد نصت على وجوب مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل في حالة قيام السلطة العامة بتعديل نظام المرفق العام موضوع الالتزام أو تعديل قوائم الأسعار، وإذا كانت المادة السادسة من هذا القانون قد نصت على جواز تعديل قوائم الأسعار أو تعديل نظام المرفق ذاته إذا طرأت بعد التعاقد ظروف أفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي عما كان متوقعا وقت المنح ، فإن المقصود بهاتين المادتين هو الحالات التي يصل فيها الضرر بالملتزم إلى حد حرمانه من القدر المعقول من الربح الذي كان متوقعا وقت التعاقد ، أما إذا اقتصر الضرر على حرمانه من أرباحه الزائدة عن هذا القدر فلا يكون له أي حق قبل السلطة العامة. (١٠٧)

(٢) حق الملتزم في المطالبة بتعديل عقد الالتزام : " لا يمكن للملتزم المطالبة بتعديل عقود التزام المرافق العامة إلا لأسباب توضح علماء الفقه الإداري على إباحة التعديل في نطاقها . إذا ما تعرضت لاختلال مالي نتيجة مواجهة مخاطر اقتصادية أو إدارية وذلك في نطاق تطبيق نظرية الظروف غير المتوقعة ونظرية عمل الحاكم . وارتفاع أسعار الوقود لم يكن قطعا من عمل الحاكم ، وإذا وضحت هذه الحقائق فمن ثم يتعين البحث فيما إذا كان شرائط تطبيق نظرية الظروف الطارئة متوافرة ، أو منقبة ، ولا مراء في أن هذه النظرية إنما تهدف إلى إشراك السلطة مانحة الالتزام في بعض آثار المخاطر الاقتصادية التي أنزلت بالملتزم خسارة وذلك بتوافر شروط ثلاثة : أن تجد خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة تخرج عن حدود المألوف ، وأن تكون هذه الظروف غير متوقعة ، و أن تؤدي هذه الظروف إلى إزال خسارة واضحة بالمتعاقد مع الإدارة وإن لم تجعل تنفيذ التزامه مستحيلا وقد ثبت أن

بمنازعات العقود الإدارية سواء أكانت مستعجلة أو طلبات إلغاء أو منازعات حقوقية تدخل في ولاية القضاء الكامل ، والأستاذ إبراهيم المنجي في " التعليق على نصوص قانون مجلس الدولة " ١٩٩٦ منشأة المعارف ص ١٧٦ .

(١٠٧) محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ٣٤٣ - ٥٥ (١٩٥٣/٦/١٦) .

الشرطين الثاني والثالث متخلفان في الدعوى وحسب المحكمة أن تدلل على ذلك بما أقرته الشركة ذاتها من أن ارتفاع الأسعار كان ملحوظا عند اتفاق سنة ١٩٤٦ وما سلمت به من أن شروط تطبيق هذه النظرية غير متوافرة. (١٠٨)

(٣) حقوق السلطة مأتحة الالتزام والمركز القانوني للملتزم: "تضمن القاتون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة نصوصا خاصة بالحد الأقصى لمدة الالتزام (المادة الأولى) ، وحق السلطة مأتحة الالتزام في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية (المادة الثانية) ، وتحديد حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام وطرق استخدام ما زاد على ذلك من صافي الأرباح (المادة الثالثة) ، وحق السلطة مأتحة الالتزام في تعديل أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخالص به ، وذلك متى اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل ، مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل (المادة الخامسة) ، وما يترتب على الظروف الطارئة - إذا أفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي عما كان مقدار وقت منح الالتزام - من جواز تعديل قوائم الأسعار أو تعديل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من الاستمرار في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المعقول (المادة السادسة) وحق السلطة مأتحة الالتزام في مراقبة إنشاء المرفق العام ومراقبة إدارة الملتزم المالية وما لماتح الالتزام في هذا السبيل من حق في أن يفرض على الملتزم تقديم أية كشوف أو بيانات وأن يفحص حساباته في أي وقت.

وظاهر من استعراض هذه النصوص أنها في مجموعها ليست إلا ترديدا للمبادئ العامة للقاتون الإداري في شأن التزامات المرافق العامة ، وهي أن الدولة وهي المكلفة أصلا بإدارة المرافق العامة إذا ما عهدت إلى غيرها أمر القيام بها ، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاونا لها ونائبا عنها في أي أمر هو من أخص خصائصها ، وهذا النوع من الإنابة ، أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام . لا تعتبر تنازلا أو تخليا من الدولة عن المرفق العام . بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ، وهي في سبيل

(١٠٨) (محكمة القضاء الإداري - الدعوى رقم ١٣٩٨ - ٥٥ (١٩٥٣/٦/٢) .

القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة التدخل. فتفرض على الملتزم عبئا جديدا يزيد عما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه ، أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق واستغلاله ، وهي في ذلك كله لا تستند إلى عقد الالتزام بل إلى سلطتها العامة ، وتحقيقا لغايات هذه السلطة متمتعة في ذلك بامتياز وسيادة ينتفي معها كل طابع تعاقدى ، الأمر الذي يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون الخاص المتعلقة بالالتزامات .

الفرع الثالث " تطور نظام التحكيم في منازعات عقد الامتياز في مصر "

(١) التحكيم ونطاقه : (١٠٩) يعرف التحكيم بأنه أسلوب جديد للفصل فيما يثور أو يحتمل أن يثور من منازعات عقديه ، حيث يقوم الأطراف باختيار المحكمين من أفراد عاديين يسمونهم إن شاءوا ويحددون مكان التحكيم وإجراءاته والقواعد القانونية التي يخضع لها ، في ظل نصوص تشريعية تجيز التحكيم وتحرك نطاقه وقواعده وقوة إلزامه - مثل الحال فيما قضى به القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ذلك من حيث : عدم جواز الاتفاق على التحكيم إلا للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يملك التصرف في حقوقه ، - وبعدم جواز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، وكذلك بيان كيفية تنفيذ أحكام المحكمين والطعن عليها - والتحكيم بهذا المعنى يعد بديلا لنظام التقاضي أمام المحاكم . فاتفاق أطراف علاقة ما على اللجوء إلى التحكيم لفض نزاع معين يترتب عليه انتهاء الخصومة بمجرد صدور قرار هيئة التحكيم في هذه المنازعة .

وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن " التحكيم هو عرض لنزاع معين بين طرفين على محكم من الأغيار يعين باختيارهما أو بتفويض منهما على ضوء شروط يحددها ليفصل هذا المحكم في ذلك النزاع بقرار يكون نائيا عن شبهة المالاة مجردا من التحايل، وقاطعا لدابر الخصومة في جوانبها التي أحالها الطرفان إليه . بعد أن يدلى كل منهما بوجهة نظره تفصيلا من خلال ضمانات التقاضي الرئيسية (١١٠) .

وقضت محكمة النقض بأن "حكمة تشريع التحكيم تنحصر في أن طرفي الخصومة يريدان أن يمحص إرادتهما واتفاقهما بتفويض أشخاص ليست لهم ولاية القضاء في أن يقضوا بينهما أو يحسموا النزاع بحكم أو بصلح يقبلان شروطه

(١٠٩) يراجع في شأن ذلك وفي تعريف التحكيم بحث الدكتور / جابر جاد نصار بعنوان " التحكيم في العقود الإدارية " دراسة مقارنة ١٩٩٧ دار النهضة العربية .

(١١٠) الدعوى الدستورية رقم ١٣ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٩٤/١٢/١٧ - الطعون رقم ٣٦٩ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٦/٤/٢ ورقم ٩٠٨ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٣/٤/١٤ ، ورقم ٩٦٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٥/٢/١٢ ورقم ٥٧٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٦/١٢/٣ . ولزيد من التفاصيل أنظر أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية - دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ٢٤٩ وما بعدها .

فرضاء طرفي الخصومة هو أساس التحكيم ،وكما يجوز لهما الصلح دون وساطة أحد ، يجوز تفويض غيرهما في إجراء الصلح أو الحكم في النزاع.(١١١)

(٢) مبادئ التحكيم : ارتبط نظام التحكيم في السنوات الأخيرة بفكرة التنمية الاقتصادية وجذب الاستثمارات الأجنبية ،وكان للمتغيرات الاقتصادية العالمية أثرها في اتساع نطاق الأخذ بهذا النظام حيث شمل التحكيم العقود التجارية وعقود التنمية الاقتصادية سواء أكانت مدنية أم إدارية للأسباب الآتية :

(أ) يتميز التحكيم ببساطة إجراءاته وسرعتها في مواجهة البطء الشديد لإجراءات التقاضي فالتحكيم على خلاف القضاء مرتبط بمدة يتعين الفصل في النزاع خلالها وإلا انتهت ولاية المحكم ، ويسرى القانون الذي يتفق عليه الأطراف أو يحدده المحكم على كافة إجراءات التحكيم منذ بدايتها حتى نهايتها .(١١٢)

(ب) تتسم إجراءات التحكيم بالطابع السري بناء على رغبة أطراف المنازعة على خلاف التقاضي أمام المحاكم الذي تسود العلانية كل إجراءاته .

(ج) يعطى التحكيم لأطراف العلاقة قدرا من الحرية في تحديد المحكمين من ذوي الخبرة ، أما قضاة المحاكم فيجرى تعيينهم سلفا من سلطات الدولة(١١٣)

وقد ورد بتقرير اللجنة المشتركة من لجنة الشئون الدستورية والتشريعية ومكتب لجنة الشئون الاقتصادية بمجلس الشعب بخصوص مشروع قانون التحكيم الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ " أنه وقد جاء مشروع قانون التحكيم التجاري الدولي مواكبا للجهود الكبيرة التي تبذلها الدولة من أجل تهيئة مناخ صالح للاستثمار متمشيا مع سياسة الإصلاح الاقتصادي الذي قطعت فيه الدولة شوطا كبيرا لجذب رؤوس الأموال المستثمرة . لا سيما بعد أن تبين لها أن القوانين التي وضعت في مجال الاستثمار لا تكفي وحدها لتحقيق هدف زيادة الاستثمارات من ذلك القانون رقم ٢٣٠ لسنة ١٩٨٩ بإصدار قانون الاستثمار، والقرار بقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات.

(١١١) أحكام النقص في الطعون رقم ٣٦٩ لسنة ٢٢ قضائية جلسة ١٩٥٦/٤/٢ ورقم ٩٠٨ لسنة ١٩٤٩ ق

جلسة ١٩٨٦/١٢/٣ ولزيد من التفاصيل أنظر أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية ص ٢٤٩ .

(١١٢) انظر أ.د. إبراهيم أحمد التحكيم الدولي الخاص الناشر دار النهضة العربية الطبعة الثانية ص ١٤٢ . سنة ١٩٩٧ .

(١١٣) أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٣٣ وما بعدها .

ذلك أن نظام التحكيم من شأنه أن يتيح السبيل إلى سرعة الفصل في المنازعات التي تنشأ عن العلاقات التجارية الدولية ثم أنه يعطى الطمأنينة والثقة للمستثمرين ويتسق مع القواعد الدولية السارية ، كما يستهدف التغلب على بطء إجراءات الفصل في الدعاوى . مع ملاحظة أن قواعد التحكيم المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية لا تحقق الهدف المنشود، ومن ثم لا تفي بالنسبة للتحكيم التجاري الدولي لما لها من طبيعة خاصة " . (١١٤)

ويرى البعض (١١٥) أن ارتباط التحكيم بالاستثمارات الأجنبية يثير جوانب متعددة ومتعارضة في أغلب الأحيان فبالنسبة للمستثمر الأجنبي بوصفه طرفاً أجنبياً لا يكون على دراية كافية بالقانون المحلي كما أنه يخشى التدخلات السياسية للدولة محل الاستثمار حين تسعى إلى حل المشكلات التي تنشأ بينها وبين المستثمر الأجنبي بطريقة سياسية مثل استخدام التأمين أو غيره وما تتخذه من الوسائل التي لا يستطيع المستثمر لها دفعا ، فضلا عن ذلك فالقاضي الوطني يميل نفسياً في أغلب الأحوال للاعتبارات الوطنية وهو شعور إنساني يؤخذ في الاعتبار دائما .

وبالنسبة للدولة المضيفة للاستثمار - فإن ترددها في قبول التحكيم يفسر دائماً باعتبار السيادة ، وهي مسألة ذات حساسية مفرطة عبر تاريخ مريسر للاستثمار لسنوات طوال في دول العالم الثالث، وما لآزمه من نهب لثرواتها الطبيعية وتقرير امتيازات للجاناليات الأجنبية فيها .

وإن التوفيق بين هذه الاعتبارات ليس بالأمر اليسير لا سيما في عقود استغلال الموارد الطبيعية أو التي تتصل بتنظيم أو سير المرافق العامة الأساسية في الدولة خاصة وأن التحكيم يضع الخصومة غالباً في يد هيئة تحكيم أجنبية وحكمها نهائي لا يقبل الطعن وأسباب دعوى البطلان محددة على سبيل الحصر (١١٦)

(١١٦) النشرة التشريعية عن شهر مايو ١٩٩٤ ص ٤٩٩ ، ٥٠٠ .

(١١٧) الدكتور / جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص ٢٨ ، ٢٩ .

(١١٨) تراجع المادة ٥٢ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإصدار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية ونصها فقره أولى " لا تقبل أحكام التحكيم التي تصدر طبقاً لأحكام هذا القانون الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن المنصوص عليها في القانون المرافعات المدنية والتجارية -فقرة ثانية "جواز رفع دعوى بطلان حكم التحكيم في الأحوال المشار إليها في المادة ٥٣ من القانون فيما يلي :

(أ) إذا لم يوجد اتفاق تحكيم أو كان هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للأبطال أو يسقط بانتهاء المدة =

أ) شرط التحكيم *Clause Compromissoire*^(١١٨): يرد شرط التحكيم بصورة عامة إما في نصوص العقد مصدر الرابطة القانونية أو في وثيقة مستقلة بتسوية كل نزاع ينشأ بين طرفي العقد عن طريق التحكيم وبتحديد الجهة التي تتولاه والقانون الواجب التطبيق سواء من الناحية الإجرائية أو الموضوعية.

وفيما يتعلق بآثر بطلان العقد على شرط التحكيم - يفترض المنطق القانوني بأنه في حالة بطلان العقد لأي سبب فإن هذا البطلان يشمل شرط التحكيم باعتباره جزءاً منه ، إلا أن الرأي الراجح ينادى باستقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي فلا يبطل ببطلانه، وقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي في القانون رقم ٢٧ لسنة

= (ب) إذا كان أحد طرفي اتفاق التحكيم وقت إبرامه فاقد الأهلية أو ناقصها وفقاً للقانون الذي يحكم أهليته

(ج) إذا تعذر على أحد طرفي التحكيم تقديم دفاعه بسبب عدم إعلانه إعلاناً صحيحاً بتعيين محكم أو بإجراءات التحكيم أو لأي سبب آخر خارج عن إرادته .

(د) إذا استبعد حكم التحكيم تطبيق القانون الذي اتفق الأطراف على تطبيقه على موضوع النزاع .

(هـ) إذا تم تشكيل هيئة التحكيم أو تعيين المحكمتين على وجه مخالف للقانون أو لاتفاق الطرفين .

(و) إذا فصل حكم التحكيم في مسائل لا يشملها اتفاق التحكيم أو جاوز حدود هذا الاتفاق ومع ذلك إذا أمكن فصل أجزاء الحكم الخاصة بالمسائل الخاضعة للتحكيم عن أجزائه الخاصة بالمسائل غير الخاضعة له فلا يقع البطلان الأعلى الأجزاء الأخيرة وحدها .

(ز) إذا وقع بطلان في حكم التحكيم أو كانت إجراءات التحكيم باطلة بطلاناً في الحكم . هذا وطبقاً لما قرره الفقرة الثانية من المادة ٥٣ تقضى المحكمة التي تنظر دعوى البطلان من تلقاء نفسها ببطلان حكم التحكيم إذا تضمن ما يخالف النظام العام في جمهورية مصر العربية .

١١٧) د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٣٨ وما بعدها .

١١٨) أبرمت إحدى الشركات عقداً مع شركة أخرى تضمن شرط التحكيم في المنازعات التي تثار بشأن تنفيذ هذا العقد ، وأثناء نظر هيئة التحكيم للنزاع . طلبت الشركة المدعية رد هيئة التحكيم على سند من أنها مالت بإجراءاتها عن حيادها . إلا أن هيئة التحكيم رفضت طلب الرد تأسيساً على انتفاء أسبابه . فطعت المدعية بعدم دستورية البند الأول من المادة ١٩ من قانون التحكيم لأنها تحول هيئة التحكيم الفصل في طلب ردّها . فقضت المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٨٤ لسنة ١٩ ق بعدم دستورية البند الأول من المادة ١٩ من قانون التحكيم وأسست قضاءها على أن مؤدى حكم العبارة المحكوم بعدم دستورتها أنها أناطت الفصل في خصومة رد المحكم للمحكم نفسه ، وطالما أنه لم يتّح وظل متمسكاً بنظر النزاع الأصلي . بذلك يكون النص المطعون عليه قد تحول هيئة التحكيم الفصل في طلب ردّها لتقول كلمتها في شأن يتعلق بذاتها وينصب على حيادها . الأمر الذي يتنافى مع قيم العدل ومبادئه ، ويتنهدك ضمانه الحيدة التي يقتضيها العمل القضائي بالنسبة إلى فريق من المتقاضين بينما هي مكفولة لغيرهم ، وبذلك يكون النص المطعون عليه قد خالف أحكام المواد ٦٩، ٦٧، ٦٥، ٤٠ من الدستور .

١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية حيث نصت المادة ٢٣ من القانون على أن " يعتبر شرط التحكيم اتفاقاً مستقلاً عن شروط العقد الأخرى ولا يترتب على بطلان العقد أو فسخه أو إنهائه أي أثر على شرط التحكيم الذي يتضمنه إذا كان هذا الشرط صحيحاً في ذاته وطبقاً لهذا النص فإن استقلال شرط التحكيم على هذا النحو وعدم تأثره ببطلان العقد أو إنهائه إنما يرتبط بصحة شرط التحكيم في ذاته. (١١٩)

ب) مشارطة التحكيم *Compromis*: وهي اتفاقيات تتعلق بنزاع قائم فعلاً يحيط أطرافه بكل جوانبه ، على عكس شرط التحكيم الذي يتعلق بنزاع محتمل لم تحدد ملامحه وبصفة عامة فإن شرط التحكيم هو الأكثر شيوعاً في العمل ، ويفسر ذلك بأن الاتفاق عليه قبل وقوع النزاع يكون أكثر سهولة من الاتفاق على المشارطة بعد وقوع النزاع ، وقد أخذ قانون التحكيم المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بصورتين التحكيم (الشرط والمشارطة) حيث نصت المادة العاشرة من القانون على أن :
فقرة أولى: " اتفاق التحكيم هو اتفاق الطرفين على اللجوء لتسوية كل أو بعض المنازعات التي نشأت أو يمكن أن تنشأ بينهما بمناسبة علاقة قانونية معينة عقدية كانت أو غير عقدية ."

فقرة ثانية: " يجوز أن يكون اتفاق التحكيم سابقاً على قيام النزاع سواء قام مستقلاً بذاته أو ورد في عقد معين بشأن كل أو بعض المنازعات التي قد تنشأ بين الطرفين. ويجوز عملاً بحكم المادة ٣٠ من القانون أن يتم اتفاق التحكيم بعد قيام النزاع ولو كانت قد أقيمت في شأنه دعوى أمام جهة قضائية ، وفي هذه الحالة يجب أن يحدد الاتفاق المسائل التي يشملها التحكيم وإلا كان الاتفاق باطلاً ، ويحدد بالاتفاق موضوع النزاع وبيان الدعوى المقامة في شأنه.

(١١٩) وهذا يعد مبرراً هاماً تمثل إحدى الضمانات التي أرساها المشرع لتشجيع وجذب الاستثمارات في مجال التنمية الاقتصادية والاجتماعية في مصر .

(٤) تطور فكرة التحكيم في مجال العقود الإدارية: (١٢٠) من المبررات التي قيلت من

القضاء الإداري بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية ما يلي :

أ) أن التحكيم في مجال العقود الإدارية لا يكفل لها طابعها المميز وخصائصها الذاتية عن العقود المدنية ، ذلك أن جهة الإدارة تتمتع في مجال تنفيذ العقد الإداري بسلطات واسعة تستهدف المصلحة العامة والنفع العام.

ب) أن من العقود الإدارية ما يرتبط بسيادة الدولة ويتعلق بثرواتها الطبيعية مثل عقود الامتياز والتي تمتد في كثير من الأحيان إلى سنين طويلة وترتب أعباء على كاهل الأجيال القادمة.

ج) أن التحكيم هو تجسيد لمبدأ سلطان الإرادة في مجال تصفية المنازعات الناشئة عن الروابط العقدية.

ولما كان مبدأ سلطان الإرادة يجد نطاق تطبيقه في عقود الأفراد ، فإن التعبير عن الإرادة لدى إبرام العقود الإدارية تحكمه قواعد أخرى يحددها القانون لذلك فإن قرار اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية ينبغي أن يحاط بالعديد من التحفظات والضوابط ، لهذا واجهت فكرة التحكيم مراحل ثلاث :

المرحلة الأولى : سكوت المشرع عن تقرير مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية.

المرحلة الثانية : صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

المرحلة الثالثة : صدور القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

المرحلة الأولى : "سكوت المشرع عن تقرير مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية"

لم يتضمن قانون المرافعات المدنية الصادر عام ١٩٦٨ بين طيات نصوصه انتصاراً لرأي دون آخر في مسألة التحكيم في العقود الإدارية فالمادة ٥٠١ من القانون نصت على أنه يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين بوثيقة تحكيم خاصة كما يجوز الاتفاق على التحكيم في المنازعات التي تنشأ من عقد معين.

وظاهر النص يجيز التحكيم في جميع العقود بحسبانه أطلق عبارة "جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين" يستوي في ذلك أن يكون عقداً مدنياً أم

(١٢٠) د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٤١ وما بعدها .

إداريا وفي التطبيق العملي كانت الإدارة تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد لا سيما في عقود الأشغال العامة والاستغلال ، وعند حدوث نزاع تلجأ الإدارة للقضاء زاعمة أن التحكيم لا يجوز في العقود الإدارية وهو موقف يبعث على الحيرة والدهشة.

كـ فالحيرة: تتمثل في موقف الدولة أو الأشخاص العامة حين تقبل شرط التحكيم عند إبرام العقد، وكان عليها أن ترفض هذا الشرط، ويبقى للطرف الآخر حرية قبول التعاقد دون شرط التحكيم أو عدم إبرام العقد.

كـ أما الدهشة : فتبدو في تقاعص المشرع عن اتخاذ موقف حاسم بالنسبة للتحكيم في العقود الإدارية . (١٢١)

وقد كان فتح الباب أمام الأشخاص المعنوية العامة للتحلل من شروط التحكيم الذي أدرجته في العقد المبرم مع طرف أجنبي قولاً منها بعدم جواز التحكيم في العقود الإدارية من شأنه أن يهز ثقة المتعاملين مع تلك الجهات في مصداقيتها، ويجلب أوخم الأضرار بفرص الاستثمار ومستقبل مشروعات التنمية هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الدولة ما دامت قد اتفقت على التحكيم فإنه لا يجوز لها التنصل من هذا الاتفاق بإرادتها المنفردة مهما كانت وجاهة وقوة الحجج والأسانيد القانونية والواقعية التي تستند إليها. لأن هذا المسلك يتناقض مع مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية ويتنافي في الوقت ذاته مع القاعدة الشرعية التي تقرر أن " من سعى في نقد ما تم من جهته فسعيه مردود عليه " . (١٢٢)

المرحلة الثانية : "صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤"

صدر القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بشأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ونص على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري أحكام هذا القانون على كل تحكيم بين أطراف من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أيا كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها

(١٢٣) أستاذنا الدكتور / محمد حسين أمين في العقود المرحع السابق ص ٣٤٤ وما بعدها .

(١٢٤) د. احمد حسان الغندور " التحكيم في العقود الدولية للإنشاءات " ١٩٩٨ ص ٢٩٢ دار النهضة العربية

النزاع إذا كان هذا التحكيم يجرى في مصر، أو كان تحكيما دوليا يجرى في الخارج واتفق أطرافه على إخضاعه لأحكام هذا القانون " .

وقد ثار جدل فقهي في مصر حول مشكلة التحكيم في العقود الإدارية :

(١) موقف الفقه المصري : ذهب جمهور الفقه المصري إلى أن هذا القانون شمل بنطاقه العقود الإدارية بصريح نصه حسبما أكدته المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بمسريان أحكامه على كل تحكيم تجارى دولي يجرى في مصر سواء كان أحد طرفيه من أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص .

وذهب الرأي الآخر - إلى أن القانون الجديد لم يحسم مشكلة التحكيم في العقود الإدارية ، ويصعب التسليم بحسمها عن طريق الجملة التي وردت في المادة الأولى من هذا القانون ، فالعقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة ، و خارقة للشريعة العامة ، وهي قواعد القانون الإداري التي هي في معظمها قضائية من خلق القضاء الإداري ، ويصعب التسليم بخضوعها للتحكيم وفق هذا القانون الذي لم ينص صراحة على خضوعها لأحكامه.

(٢) موقف الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة :

عرض موضوع التحكيم في العقود الإدارية على الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلستها في ١٨ ديسمبر ١٩٩٦ ، فقالت " وإن لجوء جهة عامة للقضاء ذي الولاية العامة في نزاع يتعلق بعقد إداري هو الاستعمال الطبيعي لحق التقاضي ، أما اللجوء في ذلك إلى التحكيم فهو يفيد الاستعاضة عن القضاء بهيئة ذات ولاية خاصة ، وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بصميم الأداء العام الذي تقوم عليه الدولة وما يتفرع عنها من أشخاص القانون العام . وهو تحكيم لجهة خاصة في شأن يتعلق بتسيير المرافق العامة وتنظيمها ، وإدارتها وكل ذلك لا تملكه جهة عامة ، ولا تملك تقريره هيئة عامة إلا بإجازة صريحة وتخويل صريح يرد من عمل شرعي وإذا كان القضاء مستقرا في الأنزعة الخاصة وبين أشخاص القانون الخاص على أنه لا يصح اتفاق التحكيم من وصى على قاصر إلا أن يكون مأذونا له بذلك من محكمة الأحوال الشخصية، ولا يصح من وكيل إلا أن يكون مأذونا له بإجراء اتفاق التحكيم ، ولا يصح إلا ممن يملك التصرف بذاته أو بقوامه عليه . إذا

كان ذلك كذلك فلا يصح إجازة التحكيم من جهة عامة بشأن عقد إداري بغير أن يكون موافقا على ذلك بعمل تشريعي " .

وقد خلصت الجمعية العمومية في هذه الجزئية إلى مدى التباين والتناقض بين العقد الإداري من حيث طبيعته القانونية المميزة له عن العقود المدنية ، وبين اتفاق التحكيم وذلك من حيث صلاحية أية جهة عامة في عقد اتفاق التحكيم ، و مدى ما تتسع له ولايتها في إبرامه و في ذلك تقول "... والحاصل أن التحكيم كما تشير المادة الرابعة من قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ هو اتفاق بين طرفي نزاع "بارادتهما الحرة والأصل حرية الإرادة في العقود المدنية ، ولكن الأصل هو تقييد الإرادة في مسائل القانون العام ، والإرادة تستكمل حريتها بتوفير شرائط كمالها وإرادة الجهة العامة إنما تجري كلها تفويضا وفق مسوغ تشريعي مجيز ، ولابد من توافره لأعمال الولايات العامة .

و خلاصة القول في هذا المقام أن المشكلة تتعلق أساسا بأهلية الأشخاص العامة في اللجوء إلى التحكيم في العقود الإدارية والتي لا تتوافر لها إلا بموجب تشريع يحيز لها ذلك وفي نطاق ما تحدده نصوصه من أوضاع وشروط وأحكام منظمه إذ أن مطلق الإباحة في القانون الإداري ليست مقرره لأي هيئة عامه أو وحده إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام .. وانتهت الجمعية العمومية إلى عدم صحة شرط التحكيم في منازعات العقود الإدارية . (١٢٣)

المرحلة الثالثة : " مرحلة صدور القانون رقم ٩ لسنة ٩٧ ."

صدرت القوانين الآتية :

٥ القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ بتعديل نص المادة الأولى من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ بإضافة فقرة نصها: "و بالنسبة إلى منازعات العقود الإدارية يكون الاتفاق على التحكيم بموافقة الوزير المختص أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة ، ولا يجوز التفويض في ذلك " .

(١٢٣) الدكتور / جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص ٨٩ - ولزيد من إيضاح في هذا الصدد أنظر الأستاذ الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٢٦٥ وما بعدها .

وبهذا التعديل أنهى المشرع الخلاف الذي كان ثائرا أمام مجلس الدولة بشقية القضائي والإفتائي. كما أنه يتفق والعديد من التشريعات في الدول المختلفة، ويتفق مع الاتفاقات الدولية التي تجيز التحكيم في عقود الإدارة وأخصها اتفاقية نيويورك سنة ١٩٥٨ واتفاقية جنيف سنة ١٩٦١ واتفاقية واشنطن سنة ١٩٦٥^(١٢٤) وقد يتضمن هذا التعديل جانبين : (١٢٥)

الجانب الأول : يؤكد مبدأ جواز التحكيم .

الجانب الثاني : يحدد السلطة المختصة بالإذن في التحكيم.

وكان ذلك استجابة لفتوى الجمعية العمومية التي جاء بها " وإن شمول هذا التحكيم أو عدم شموله لمنازعات العقود الإدارية لا يتعلق فقط بما إذا كان قانون التحكيم يسم هذه العقود أو لا يسعها إنما يتعلق أيضا بصحة شرط التحكيم من حيث توافر كمال أهلية إبرامه لمن يبرمه في شأن غيره أو مال غيره والأصل - عند عدم النص - عدم صحة ما يجريه الشخص في شأن غيره وماله ، وأنه وإن كان شرط التحكيم في منازعات العقود الخاصة لا يصح لناقص الأهلية إلا باكتمال أهليته وصيا ومحكما فانه في منازعات العقود الإدارية لا يصح هذا الشرط إلا باكتمال الإرادة المعبرة عن كمال الولاية هنا وذلك يعمل بحيز شرط التحكيم في العقد الإداري بضوابط محددة وقواعد منظمة أو بتفويض جهة عامة ذات شأن للإذن لها في أية حالة مخصوصة وذلك بمراعاة خطر هذا الشرط فلا تقوم مطلق الإباحة لأي هيئة عامة أو وحدة إدارية أو غير ذلك من أشخاص القانون العام .

ويرى البعض^(١٢٦) أن اشتراط موافقة الوزير أو من يتولى اختصاصه بالنسبة للأشخاص الاعتبارية العامة قد يكون كافيا بالنسبة لبعض العقود الإدارية، ولكنه ليس كذلك بالنسبة لعقود استغلال موارد الثروة الطبيعية ، و عقود الامتياز، والتي ينبغي إدراج شرط التحكيم فيها موافقة مجلس الوزراء . فذلك أدعى للحبطة وضبطا لممارسة التحكيم في منازعات العقود الإدارية،،،، والحقيقة أن شرط موافقة مجلس الوزراء على التحكيم في عقود الامتياز قد تحقق بالفعل في عقود امتياز الـ *B.O.T.*

^(١٢٤) استاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر العقود الإدارية المرجع السابق ص ٢٦٩ .

^(١٢٥) استاذنا الدكتور محمد سيد حسين أمين لي العقود المرجع السابق ص ٣٥٢ وما بعدها .

^(١٢٦) الدكتور / جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص ١٠٨ .

القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات : أكد هذا القانون مبدأ جواز التحكيم في العقود الإدارية وبضرورة موافقة الوزير المختص على التحكيم حيث نصت المادة ٤٢ منه على أنه "يجوز لطرفي العقد عند حدوث خلاف أثناء تنفيذه الاتفاق على تسويته عن طريق التحكيم بموافقة الوزير المختص مع التزام كل طرف بالاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية".

القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ الصادر بمنح التزام إنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول : تضمن هذا القانون قواعد التحكيم في عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T*.

وتمثل التشريعات السابقة نهاية المطاف في تطور نظام التحكيم في شأن عقد

الامتياز بنظام الـ *B.O.T*.

وإعمالاً لذلك جاءت قرارات مجلس الوزراء أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨

متضمنة ما يلي :

أ) قرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة ١٩٩٨ القاضي بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ *B.O.T* لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات (شركة مساهمة مصرية) وفقاً لأحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ المشار إليه وعقد الالتزام المرفق لجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد . (العقد الأول)

ب) قرار مجلس الوزراء رقم (٢) لسنة ١٩٩٨ القاضي بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار العلمين بنظام الـ *B.O.T* لشركة كاتو للاستثمار (شركة مساهمة مصرية) وفقاً لأحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ المشار إليه وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد . (العقد الثاني)

ج) قرار مجلس الوزراء رقم (٣) لسنة ١٩٩٨ القاضي بمنح التزام إنشاء واستغلال وإعادة مطار رأس سدر بنظام الـ *B.O.T* لشركة دلتا جلف (شركة مساهمة مصرية) وفقاً لأحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ المشار إليه وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد . (العقد الثالث).

ونص في هذه القرارات على الأحكام المتعلقة بنظام التحكيم في عقود امتياز الـ B.O.T. والتي تعتبر بداية التطبيق العملي لتسوية المنازعات فيها حسب محتوى النصوص الآتية :

أولا : القاتون الواجب التطبيق :

المادة (١/٢) في العقود الثلاثة تنص على أن :

" يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية " .

ثانيا : تسوية المنازعات:

العقد الأول : المادة "١٣" تنص على أنه :-

" إذا نشأ خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما ، فإذا لم يصلا إلى تسوية للخلاف عن طريق التفاوض جاز لهما الاتفاق على إحالة الخلاف إلى هيئة أو شخص يتفقان عليه للفصل فيه ، فإذا لم يتفقا على ذلك يتم حسم جميع الخلافات التي تنشأ عن هذا العقد وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية على أن يتم التحكيم في لندن " .

العقدين الثاني والثالث المادة " ١٢ " تنص على أنه :

" إذا نشأ أي خلاف بين الطرفين حول تطبيق أو تفسير أحكام هذا العقد وجب عليهما أولا محاولة فضه عن طريق التفاوض بينهما ، فإذا لم يصلا إلى تسوية الخلاف عن طريق التفاوض تكون محكمة القضاء الإداري بمجلس الدولة هي المختصة بحسم هذا الخلاف " .

ومفاد ذلك أن القاتون الواجب التطبيق في العقود الثلاثة هو قانون جمهورية مصر العربية ، وفي حالة عدم التوصل إلى تسوية الخلاف عن طريق التفاوض ، فإنه يتم حسم الخلافات وفقا لنظام المصالحة والتحكيم لغرفة التجارة الدولية بلندن بالنسبة للعقد الأول ، كما تختص محكمة القضاء الإداري بحسم الخلاف في العقدين الثاني والثالث .

وينبغي تحديد العناصر الأساسية للتفاوض من خلال تبادل المكاتبات والتقارير والمذكرات والدراسات للجوانب الفنية والقانونية على أن تتضمن وصفا تفصيليا

لحقوق والالتزامات ،،، كما أن تحديد العناصر الأساسية على هذا النحو يصلح مسودة لمشارطه التحكيم وفقا لنظام المصالحة والتحكيم بالنسبة للعقد الأول ،كما يصلح أساسا لتكييف طبيعة المنازعة أمام محكمة القضاء الإداري بالنسبة لمنازعات العقدين الثاني والثالث . (١٢٧)

وفي ضوء ما تقدم جاء اختيار أغلبية شركات الامتياز بنظام الـ *B.O.T* لطريق التقاضي أمام محكمة القضاء الإداري دون اللجوء للتحكيم صوة معبرة لما يتمتع به قضاء مجلس الدولة المصري من ثقة في التعامل لدى الأطراف المتنازعة ، وبحسبان أن سرعة الفصل في الدعاوى سمة مميزة لأي نظام قضائي الحق معوره والعدل غايته . فكلما أمكن حسم المنازعات دون إبطاء استقر إحساس الفرد بالأمن والأمان ، وانعكس أثر ذلك بصفة مباشرة في مجال التنمية *Developpement* وجذب الاستثمار *Investissement* لاسيما الاستثمار القادم من الخارج .

(١٢٧) أنظر الوقائع المصرية العدد ٢٠٨ ملحق : قرار رئيس مجلس الدولة رقم ١٩٩ لسنة ١٩٩٩ بتنظيم دوائر محكمة القضاء الإداري الدائرة الأولى فيما يخص المنازعات الإدارية المتعلقة بالقوانين واللوائح و القرارات الإدارية الخاصة بموافر الاستثمار ، شركات المساهمة ، سوق المال ، الجهاز المصري ، النقد الأجنبي ، التأمين ، الاستيراد والتصدير ، الحراسة ١٠٠ إلخ .

و في غالب الأحوال تنشأ المنازعات بين الإدارة والمتكتم في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T* عن مشكل ذات صلة وثيقة بتطبيق أحكام القوانين والقرارات الإدارية المشار إليها ، من أجل ذلك فإن تنظيم الاختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام تلك القوانين والقرارات وجعلها في دائرة واحدة بمحكمة القضاء الإداري هو إجراء فعال من شأنه تحقيق ميزة التخصص والخبرة في هذا النوع من القضايا والفصل فيها دون إبطاء .

الباب الأول

"إبرام عقد الامتياز"

الباب الأول

إبرام عقد الامتياز

تمهيد وتقسيم : (١٢٨)

العقد هو الأداة الرئيسية لتبادل السلع والخدمات، ولا يزال يمثل الفكرة الجوهرية المسيطرة على تنظيم المعاملات الاقتصادية والاجتماعية فيما بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة والخاصة .

وتطلق كلمة " العقد " على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، كما يراد بها الضمان والعهد، وقد استعملها العرب للربط المعنوي للكلام فيقال عقد الزواج، والإجارة، والبيع الخ أما كلمة *Contrat* الفرنسية، فيعود أصلها إلى الكلمة اللاتينية *Contractus* ، وهي اسم المفعول للفعل اللاتيني *Contra Here* ويفيد الربط أو شد الوثاق .

هذا وتقوم الإرادة العاقلة بدور المحرك الأول في إنشاء العقد وصياغة قانونه الخاص ، والذي تكون الإرادة ملزمة بالتقيد به ، والخضوع له ، ويعبر عن هذه المكنة باصطلاح " سلطان الإرادة " *L'autonomie de la volonte*.

وفي إطار القانون الكنسي ظلت النظرة إلى التعهد أو الاتفاق ذات طابع أخلاقي فكان الشخص الذي لا يحترم تعهده يرتكب كذبا معاقبا عليه بزواج دينيه، إلى أن تقرر القاعدة القانونية، وبمقتضاها انتقل الأمر من المبادئ الأخلاقية ليدخل دائرة المبادئ القانونية، حيث لم تعد الإرادة هي العنصر الوحيد في إنشاء العقد إنما زاحمها القانون وأصبح العقد يحتوى على جانبين: أحدهما تنظيمي يفرضه القانون، والآخر اتفاقي تنظمه إرادة المتعاقدين.

أما الشريعة الإسلامية الفراء فقد جعلت الأصل في إنشاء العقد مبدأ " القراضي " مصداقا لقوله تعالى " إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " ولهذا جعل الشارع لكل عقد من العقود أثرا يثبت إذا ثبتت أركانه وتوافرت شرائطه مع

(١٢٨) ١. د الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٢٠٥ وما بعدها .

تحقيق التوازن بين الصالح الفردي متمثلاً في حرية الشخص في إنشاء العقد ، وبين الصالح العام المتمثل في جعل آثاره الرئيسية من عمل الشارع وحده.

فالشريعة الإسلامية لم تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه. بل أخذت بمبدأ الجمعية لتحقيق التوازن والتعادل في الأدعاءات المتبادلة بين المتعاقدين ابتغاء حفظ العدل بين الخلق وصون المعاملات عن دواعي الفساد ومنع الغرر في المعاملات وحماية للمتعاقدين من وجود أية شروط تصفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة في مجال الرابطة العقدية (١٢٩).

ولم تتوقف قصة العقد عند هذا الحد بل أخذت طورا آخر إبان القرن التاسع عشر حين ظهر عقد من نوع آخر تقوم الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة بإبرامه وهو "العقد الإداري"، وقد نما هذا النوع من العقود وترعرع في أحضان المدرسة القانونية اللاتينية الفرنسية، والتي أعطت لنظرية العقود الإدارية ذاتية متميزة عن نظيرتها المدنية (١٣٠).

وعليه قدم الفقه والقضاء قدرا وافيا من الأبحاث والأحكام في موضوع إبرام العقود الإدارية بصفة عامة ،،، غير أنه في ظل غيبة الأبحاث والأحكام والنصوص

(١٢٩) إن أحكام الشريعة الإسلامية الغراء تناولت كل صغيرة وكبيرة قال تعالى " ما فرطنا في الكتاب من شيء". ولما كان المتعاقد في نظر الشريعة الإسلامية يمكن أن يسهم في إبرام العقود بمجرد التعبير عن إرادته الحرة فإن آثار العقد لا تكون كذلك ، لأن الشارع فقط هو الذي يتدخل لتحديد شكلها ونطاقها ، ومن هنا جاءت النظرية المسماة بـ "الجمعية" في الفقه الإسلامي ، فالإرادة تنشئ العقد فقط ، ولكن أحكام العقود وآثارها من الشارع لا من إرادة المتعاقد ،،، ومبدأ الجمعية هو الذي يميز نظرية الرضا في الشريعة الإسلامية عن مبدأ سلطان الإرادة في القوانين الغريبة لأن مؤدي مبدأ سلطان الإرادة أن العقد شريعة المتعاقدين وأن آثار العقد هي ما أوجبهما على أنفسهما بإرادتهما الحرة ، ولا يتدخل التشريع إلا لحماية هذه الآثار ، مما يستطاع القول معه أن الشريعة الإسلامية لم تأخذ بمبدأ سلطان الإرادة على إطلاقه ، وجاء مبدأ الجمعية ليحقق التوازن والتعادل في الأدعاءات المتبادلة بين المتعاقدين ،،، انظر د. عادل مصطفى بسيوني التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية الهيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٨ ص ١٦٣ وما بعدها وانظر

- الشيخ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية - القاهرة ١٩٣٩، ط ١، ص ١٩٦، ٢١٦.
- الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، مطبعة حجازي بالقاهرة ١٩٤١ ص ١٦٥، ١٩٦.
- (١٣٠) Sinkondo. M.H, La notion de contract administratif: acte unilateral ou contract civil de administration, R.T.D.C, 1993,p254
- Ghestin J, La notion de contract, D, 1990, chr, p147
- Leveneur. L, La liberte contractuelle en droit prive, A.J.D.A, 1998, p676.
- ونزيد من التفاصيل تراجع رسالة د/ مهند مختار نوح المرجع السابق ص ١٣ وما بعدها.

التشريعية المنظمة لإبرام عقد الامتياز ، يكون لازماً علينا دراسة هذه الخصوصية من خلال طرح الحلول القضائية والفقهية والتشريعية المقارنة في كل من فرنسا ومصر، والاستفادة من معطيات هذا الطرح لمعرفة وسيلة إفصاح الإدارة عن إرادتها في إبرام عقد الامتياز ، حتى يكون العقد قائماً على أساس سليم من الناحيتين القانونية والاقتصادية ، منذ اختيار الإدارة وسيلة الامتياز لإنشاء وإدارة مرفق عام، وحتى إتمام إجراءات إبرام عقد الامتياز تمهيداً للبدء في تنفيذه.

وفي فرنسا تنقسم العقود الإدارية إلى نوعين:-

النوع الأول: عقود الشراء العام *Les contrats des marches puplics*: وهي عقود محلها تقديم أداءات معينة مقابل ثمن محدد تدفعه جهة الإدارة إلى المتعاقد معها.

النوع الثاني: عقود تفويض مرفق عام *Contrats de delegation de service public*: ومحلها إسناد إدارة وتسيير مرفق عام واستغلاله من جانب الإدارة (باعتبارها مفوضاً) إلى شخص آخر من أشخاص القاتون العام أو الخاص (باعتباره مفوضاً إليه) مقابل إتاوة (*Redevance*) يجيبها هذا الأخير من المنتفعين من خدمات المرفق محل التفويض.

هذا وتتبع الإدارة في فرنسا عند إبرام عقود الشراء العام إطاراً إجرائياً محدداً سلفاً ، بينما يُسمح للإدارة في عقود التفويض بحرية أكبر في توجيه إرادتها مما يضي اتساع نطاق مبدأ الاعتبار الشخصي في انتقاء المتعاقد واتساع سلطة الإدارة التقديرية في هذا المجال ، وفي نهاية القرن العشرين حدث تطور تشريعي بمقتضاه أخذ عقد التفويض يتجه شيئاً فشيئاً نحو الالتزام بنطاق إجرائي. (١٣١)

وفي مصر صدر بتنظيم المناقصات والمزايدات ما يلي :

- (١) القانون رقم ٢٣٦ لسنة ١٩٥٤ بتنظيم المناقصات والمزايدات - الملغى .
- (٢) القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨٣ - الملغى .

(١٣١) Pouyand D. op. Cit P83

انظر رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٣٥٧ .

١٠٠٠ قانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم المناقصات والمزايدات ، ولائحته التنفيذية صادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ ، وبدأ العمل بمقتضاه اعتباراً من ٨ يونيو عام ١٩٩٨. (١٣٢)

وتعد هذه التشريعات القانون العام في شأن تنظيم العقود الإدارية تطبق أحكامها في كل حالة لا يرد فيها تشريع خاص.

والظاهرة الملموسة لمفهوم الإدارة في فرنسا ومصر هو الإكثار من الهيئات والمؤسسات العامة لما ينطوي عليه ذلك من مرونة في أسلوب الإدارة على أساس فكرة اللامركزية المرفقية التي تسمح للمرفق العام بأن يتبع نظاماً مغايراً لما ينطبق على الإدارة المركزية. (١٣٣)

هذا وفي موضوع كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة انقسم الرأي بين الدول فريقين (١٣٤)

الفريق الأول : يجمع الدول التي لا يوجد بها إجراءات محددة للتعاقد إنما تتميز بوجود موظفين عموميين مختصين ذوي خبرة يتمتعون بحرية اختيار الطرف الذي يتعاقدون معه ، ولهم حق إسداء التوجيهات اللازمة للمتعاقدين أثناء التنفيذ ، ويخضعون في أداء واجبهم لرقابة رؤسائهم بالنسبة للإجراءات الإدارية ولرقابة ديوان المحاسبة فيما يخص المسائل المالية .

الفريق الثاني : يمثل الدول التي بها تشريعات تنظم الإجراءات الواجبة الإتياع وينقسم هذا الفريق إلى اتجاهين : الأول يجعل للإدارة حرية كبيرة في اختيار طريقة التعاقد على أن تلتزم بالقواعد المقررة حين تلجأ باختيارها إلى الطريق المنظم ، والثاني يجعل إتياع التنظيم إجبارياً .

وبصفة عامة يهيمن على موضوع كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة أمران : أولهما : توفير أكبر وفر مالي للخزانة العامة باختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط المالية ، ثانيهما : يظلب الجانب الفني باختيار أكفأ المتقدمين لأداء الخدمة

(١٣٢) المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم ١٩ مكرر بتاريخ ١٩٩٨/٥/٨

(١٣٣) د الطماوى المرجع السابق ص ٢٠٨ ، ٢٠٩

(١٣٤) تقرير الإدارة السياسية لجامعة الدول عن المؤتمر الدولي العاشر للعلوم الإدارية بمديرد الذي عقد بمديرد

العامّة ، وعلى هذا النحو يتم اختيار الإدارة للمتعاقد معها إما بطريقة :
المناقصات والمزايدات *L'Adjudication Publiques* « » أو بطريقة :
الممارسة ^(١٣٥) « *Gré à Gré* » وباختيار أفضل الشروط سواء من الناحية المالية أو
من ناحية أداء الخدمة المطلوبة .

وفي هذا المقام قضت محكمة القضاء الإداري بأنه : ^(١٣٦)

" ومن حيث أن الأصل في كيفية إبرام العقود الإدارية ، والتي يشتد فيها القيد
على حرية جهة الإدارة عند تعاقدها ، يرجع إلى أن المشرع يسعى إلى إدراك
هدفين كبيرين : الأول : تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة ، وهذا يستلزم بداهة
التزام جهة الإدارة اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط والضمانات المالية .
والثاني : مراعاة المصلحة الإدارية ، وذلك يتطلب تمكين الإدارة أن تختار أكفأ
المتقدمين لأداء الخدمة التي تحرص هي على تحقيقها " . ^(١٣٧)

وقضت المحكمة : ^(١٣٨) " أنه وإن كان من الأسس التي تقوم عليها تعاقدها
الإدارة عن طريق المناقصات أن يخضع هذا التعاقد لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق
المالية التي تتمثل في إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل ، إلا أنه يخضع
في ذات الوقت لاعتبارات تتعلق بمصلحة المرفق الفنية التي تتمثل في اختيار العطاء
الأقل الذي يكفل حسن سير المرفق وانتظامه ، ذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع
خاص مناطه احتياجات المرفق العام " .

ويعد أسلوب المناقصات والمزايدات هو الأصل في التعاقد في فرنسا ومصر لكن
المشرع مراعاة للظروف ولدواعي المرونة قد يضع بجوارها طرقاً تكميلية تتمثل في

^(١٣٥) أنظر بحث المرحوم الأستاذ الدكتور /فؤاد العطار عن "وسائل تعاقد الإدارة" (نظرية المناقصة والممارسة) المنشور
بمجلة مجلس الدولة (مجلة الستين الخامسة والسادسة) ص ٢٥١ . وأ.د. ماجد راغب الخلو "القانون الإداري"
١٩٧٧ دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع بالكويت ص ١٤٧ . وأ.د. طعيمة الجرف "القانون الإداري" ١٩٧٣
دار النهضة العربية ص ٥٢٦ .

^(١٣٦) حكمها الصادر في إبريل ١٩٥٢ (القضية ٧٠٢٧ لـ ٨ ق) .

^(١٣٧) مشار إلى الحكم في هامش الصفحة ٢٠٩ المرجع السابق في العقود الإدارية - أستاذنا الدكتور الطماوي .

^(١٣٨) حكمها الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٦٠ السنة ١٤ ص ٣٨٣ .

الممارسة والاتفاق المباشر ، وفي الحالات التي يفرض المشرع أن تلجأ فيها الإدارة إلى طريق المناقصة أو المزايدة فإن تعاقدها عن غيره يكون باطلا. (١٣٩)

وفي نفس الوقت فالقاعدة العامة التي ما تزال سارية هي " أن الإدارة حرة في التعاقد إذا لم يوجد نص تشريعي يفرض عليها أحكاما معينة " .

ومن ناحية أخرى إذا كانت الإدارة بصدد عقد اتفاق مركب *Convention* « *Complex* » ينتمي إلى أكثر من نوع من العقود مثل الحال في " عقد امتياز " يتضمن عناصر أشغال عامه وتوريد وينبغي اتباع طريق المناقصة في شأنهما . قضى مجلس الدولة الفرنسي بترجيح عنصر الامتياز الذي تملك الإدارة فيه حرية التعاقد عن طريق الممارسة ، أو الاتفاق المباشر ، باختيار المتعاقد لصفاته الشخصية « *Le caractère d'intuitus personae* » وأجاز إبرام الاتفاق بعناصره المختلفة عن طريق الممارسة ، وذلك يعنى النظر إلى العنصر الغالب ، وإسناد الاتفاق بعناصره المختلفة إلى متعاقد واحد . (١٤٠)

وقد اتجه المشرع الفرنسي في تطوره نحو منح الإدارة قدرا أكبر من الحرية وذلك بعد أن تكشف من خلال العمل عن عيوب المغالاة في التقييد فميز بين ثلاثة أنواع من المناقصات :

أولا : المناقصة العامة المفتوحة : « *L'Adjudication Publique ouverte* »

ثانيا : المناقصة المقيدة أو المحدودة : « *L'Adjudication Restreinte* »

ثالثا : المناقصة على أساس الموازنة بين السعر والجودة :

« *L'Adjudication un Coefficient* »

(١٣٩) راجع جيز " مطول في القانون الإداري " الجزء الرابع ص ٦٩ و مطول دى لوبيدير في العقود الإدارية طبعة سنة ١٩٥٦ ، الجزء الأول ، ص ٣١٧ وراجع أحكام مجلس الدولة الصادرة في ٢٤ يناير ١٩١٩ في قضية *Clauzel* " المجموعة ص ٦٨ ، ٢٦ أبريل ١٩٤٤ في قضية *Dame dejean* " المجموعة ص ٣٤٦ ، ٣ مايو ١٩٥٠ في قضية *Société de pêche malgache* " المجموعة ص ٢٥ .

وانظر أيضا مؤلف الدكتور/ توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الإداري - ١٩٥٥ ص ٧٧٢ مؤلف الأستاذ / حسين درويش بعنوان " وسائل تعاقد الإدارة " ١٩٥٦ ، ص ٢٢ وما بعدها ، والدكتور الطماوي ص ٢١١ وما بعدها المرجع السابق في العقود الإدارية . ويراجع حكم محكمة القضاء الإداري في ٦ يناير ١٩٥٧ س ١١ ص ١٢٨ وحكمها في ٢٠ مارس ١٩٥١ س ٥ ص ٨١٢ .

(١٤٠) حكم المجلس في ٢٣ يوليو ١٩٢٠ في قضية *Marianne* " المجموعة ص ٧٤٩ مؤلف د/ سعاد الشرقاوى في العقود الإدارية ص ٢٦٨ ، أ.د. الطماوي في العقود ص ٢١٤ .

ونجد في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية تطورا في مجال اختيار المتعاقد أخذا بقاعدة الاعتبار الشخصي مقارنة بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ ولائحته التنفيذية ومن ذلك:

« مادة ٣ من القانون : "يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم ... الخ".

« مادة ٨ من القانون (الفقرة الثانية) : " كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء في حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها - لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة - بالتعاقد بطريق المناقصة المحدودة ... الخ وفقا للشروط والقواعد التي يحددها " .

ومن أهم الملامح الأساسية للقانون الجديد في مجال البحث ما يلي :

١- تحقيق مبدئي الشفافية والعلانية .

٢- تحقيق مبدأ المساواة (سواء بين المتعاقدين فيما بينهم أو بين أجهزة الدولة).

٣- الفصل بين النواحي المالية والفنية مع إعطاء الأولوية للجانب الفني .

٤- مراعاة حقوق المتعاقدين .

٥- إخضاع الدراسات الاستشارية والفنية لأحكام القانون .

وإعمالا للقوانين الصادرة بشأن امتياز المرافق العامة رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧،

وأرقام ١٠٠ و ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ ، و ٣ لسنة ١٩٩٧ ، و ٢٢ لسنة ١٩٩٨ تنقسم

الدراسة في شأن اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقد الامتياز إلى فصلين :

الفصل الأول

" كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز " .

الفصل الثاني

" كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T "

بفصل الاول: " كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز "

تقديم و تقسيم :

صدر بتنظيم المناقصات والمزايدات القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وتسرى أحكامه على شراء المنقولات وأعمال المقاولات والنقل وتلقى الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية ، ويتضمن القانون أحكاما تفصيلية بشأن كيفية طرح المناقصات بنوعيتها وتشكيل لجان فتح المظاريف وفحص العروض.

والناب أن هذا القانون شأن القوانين السابقة يخلو من النص صراحة على خضوع عقد الامتياز لأحكامه - غير أن المادة ٣ من القانون الجديد تقضى : " بأن يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج ، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة " .

ومفاد ذلك جواز التعاقد بالمناقصة المحدودة في أعمال المشروعات ذات الأهمية الخاصة ، فيتم اختيار المتعاقد من بين كوكبة من ذوى التخصصات أولئك الذين يتمتعون بالخبرات والكفايات الفنية والمالية وحسن السمعة وهم أشخاص معلومون بذواتهم في مختلف المجالات سواء في مصر أو في الخارج.

وهذا المدلول التحديدي لأصحاب الكفايات وبيوت الخبرة نراه ينسحب بطريق التلازم المنطقي بجواز اختيار المتعاقد في عقود الامتياز بطريق المناقصة المحدودة لأن موضوع العقد يندرج في الحالات التي تتطلب طبيعتها مباشرة أعمال مشروعات ذات طبيعة وأهمية خاصة .

وطالما أن اختيار المتعاقد في عقود الامتياز لم يرد في شأنه نص خاص والهدف من اتباع قواعد وأحكام قوانين المناقصات والمزايدات هو الوصول إلى أفضل العروض ، والقاعدة العامة أن أعمال النص خير من إهماله ، فإن القانون النافذ ، الذي هو بمثابة الشريعة العامة في العقود الإدارية يكون أولى بالتطبيق في عقد الامتياز إذ الأمر فيه موصول بالنفع العام ومداه .

ويؤيد هذا النظر أن موضوع عقد الامتياز " له طبيعة خاصة " حيث يشتمل على أعمال التوريد والمقاولات والعديد من الخدمات المدعمة بخبرة مستشارين وفنيين وخبراء بنواتهم وبيوت خبره معتمدة ، ومن دواعي العرونة والفاعلية أن يتم دعوة هؤلاء لتقديم عروضهم عن طريق المناقصة المحدودة أخذا بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز وما يقضي به المشرع من وجوب الفصل بين النواحي المالية والفنية في العروض مع إعطاء الأولوية للجانب الفني .^(١٤١)

وندرس في ثلاثة مباحث كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز كما يلي:

المبحث الأول

" مرحلة اختيار المتعاقد في عقد الامتياز " .

المبحث الثاني

" إعداد وصياغة مشروع عقد الامتياز " .

المبحث الثالث

" الترخيص بإبرام عقد الامتياز " .

^(١٤١) تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخطة والموازنة ومكتبي لجنتي الشئون الدستورية والتشريعية والشئون الاقتصادية عن مشروع قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ملحق رقم ١٣ المضبطة جلسة ٦٣ (١٤ أبريل عام ١٩٩٨) .

المبحث الأول

" اختيار المتعاقد في عقد الامتياز "

تقسيم:

تستهدف الدولة اختيار المتعاقد على أساس مبادئ العلانية والشفافية والمنافسة الحرة والمساواة وتكافؤ الفرص ، ولتحقيق ذلك ينبغي إفساح المجال عن طريق الإعلان بكافة الوسائل المتاحة لدعوة المتنافسين لتقديم عروضهم للتعاقد في عقد الامتياز ونتعرض لهذه المبادئ بالدراسة في مطالب ثلاثة : (١٤٢)

المطلب الأول

" مبدأ العلانية والمنافسة الحرة والشفافية " .

المطلب الثاني

" مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين المتنافسين " .

المطلب الثالث

" مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد في عقد الامتياز " .

(١٤٢) أ.د. العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٢١٧ وما بعدها .

**** العلانية والمنافسة الحرة**

تعني المنافسة الحرة فتح باب التزاحم الشريف أمام من يود الاشتراك في المناقصة ومعاملة المتنافسين على قدم المساواة ، فلا يجوز إعطاء ميزة لأحدهم لم تعط لأقرانه أو على حسابهم^(١٤٣) ، وتحقق المنافسة الحرة كمبدأ عام من خلال فتح المجال عن طريق الإعلان بكافة الطرق والوسائل لدعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم ، وحينئذ لا تكون الإدارة قد قصرت الدعوة على طائفة معينة.

وبالنسبة لعقد الامتياز يكون الإعلان عن طريق المناقصة المحدودة متضمنا القواعد المبينة بالقانون ولائحته التنفيذية وذلك بدعوة أصحاب التخصصات وبيوت الخبرة من ذوي الكفايات الفنية والمالية وحسن السمعة وهم معلومين بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج .

والمسلم أن الشروط التي يتطلبها المشرع في الإعلان كقاعدة عامة تكون ملزمة للإدارة، فيتعين احترام أوضاع الإعلان من حيث المدد وكيفية إجراء الإعلان وعدد مراته ، وإلا ترتب البطلان في حالة مخالفة هذه الشروط وفق الطريقة التي نص عليها القانون، وكذلك الشأن إذا لم تحترم الإدارة المدة المقررة للإعلان، أو إذا لم تسلم لأحد المتقدمين الشروط الكاملة للمنافسة^(١٤٤) وذلك مع مراعاة التمييز بين الشكليات الجوهرية وغير الجوهرية ، والتي لا يترتب عليها البطلان مثل : حالة

(١٤٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن ٢٨٨ لسنة ٤ ق بتاريخ ١٩٥٩/٥/٩ ، وقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذه القاعدة بأن القضاء يعترف للمتنافسين بمخاصمة مشروعية الإجراء، وذلك إذا لم يوضع كل المتنافسين على قدم المساواة من حيث الشروط المطلوب استيفائها حكمه في قضية *Caillet* بتاريخ ١٩٨٠/٣/١٢ ، المجموعة ص ٣٢١ ، وبأن قواعد المنافسة والمساواة بين العارضين هي جوهر المنافسة، وبالتالي فإنه لا يمكن للإدارة أن تمارس تمييزات قانونية أو واقعية تؤدي إلى تفضيل بعض العارضين، وإلى إلغاء أعباء على عاتق بعضهم الآخر حكمه في قضية *Bourgade* بتاريخ ١٩٤٨/٧/٩ ، المجموعة ص ٣١٤ ، وبالمستاد إلى ذلك، أدان المجلس بعض الشروط غير المشروعة التي من شأنها أن تؤدي إلى إيجاد حالة من عدم المساواة بين المتنافسين، حيث اعتبر المجلس أن الشرط الذي يقضي أن يكون المتنافس متميدا للإقليم الذي تجرى فيه المنافسة شرطا غير مشروع (حكمه في قضية *Fracottras* بتاريخ ١٩١٤/٦/٤ ، المجموعة ص ٥٥٢) ، وانظر رسالة د. مهند نوح المرجع السابق ص ٣٦٨ .

(١٤٤) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٧ أبريل ١٩٢٢ في قضية *Commerciales* المجموعة ص ٢٤٩ .

إغفال الإدارة تضمين الإعلان السلطة التي تجرى المزايا ؛ (١٤٥) وحالة حدوث خطأ في الأرقام ، وليس من السهل أن يتنبه إليها المتقدم. (١٤٦)

وإذا ما احترمت الإدارة طريقة الإعلان المقررة ، فلا ضير عليها في أن تلجأ إلى طرق إعلان أخرى كالإعلان في الراديو أو التلفزيون أو السينما. (١٤٧)

****الشفافية : (١٤٨)**

ورد في تقرير اللجنة المشتركة من لجنة الخططة والموازنة ومكتب لجنتي الشئون الدستورية والتشريعية والشئون الاقتصادية بمجلس الشعب ، وفي المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ " بأنه قد حدث في السنوات الأخيرة العديد من التطورات الاقتصادية ، وكثر الحديث فيها عن الشفافية والعلاية والمساواة وغيرها من المبادئ التي أصبحت عرفا مستقرا في الاقتصاد العالمي الذي تتأثر به وبمتغيراته في سياسة الدولة الرامية لإرساء مناخ الاقتصاد الحر " (١٤٩).

والحقيقة أن لفظ " الشفافية " قد جاء بتقرير اللجنة المشتركة في أربع مواضع متزامنا مع لفظ العلاية ، بينما اكتفى القانون الجديد بإيراد لفظ العلاية دون لفظ "الشفافية" على اعتبار أنهما يؤديان معا إلى غاية واحدة : وهي المكاشفة والصراحة والوضوح وإزالة مناخ الضبابية والتعتيم وعدم الثقة التي تولدت فيما مضى بين الحكومة والقطاع الخاص ، وبهذه المثابة تعد العلاية صورة معبرة لمدلول الشفافية ، وهو أمر معنوي يللمسه المستثمرون حينئذ من وسائل العلاية المتاحة لهم بما يمكن القول معه بأن اللفظيين مترادفان .

(١٤٥) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٥ يوليو ١٩٣٩ في قضية *Gantron* المجموعة ص ٥٢٩ .

(١٤٦) حكم المجلس في ١٨ يناير ١٩٢٩ في قضية *Com de Beausolail* .

(١٤٧) مطول لوبادير في العقود الإدارية ص ٢٦٦ .

(١٤٨) شفافية مصدر "شف" ومعناها لغة استشف الشيء أبصره من خلال غيره و اختيره و فحصه يقال (استشف الثوب فتش ما فيه من العيوب ، واستشف الكتاب أو الأمر أي بحثه و تبين ما فيه ، و استشف الشراب أقصاه شربا ، والشفاف مالا يحجب ما وراءه) مجمع اللغة العربية - معجم الوسيط - الجزء الأول - الناشر مطبعة مصر ١٩٦٠ .

(١٤٩) ملحق رقم (١٣) لمضبطة الجلسة الثالثة والستين في ١٤ أبريل لسنة ١٩٩٨ .

وقد تبلور من هذا المنطلق مدلول "الشفافية" في نصوص القانون بصفة عامة ، وفيما قضت به المادة ٤٠ بصفة خاصة من قواعد تفرض إعلان أسباب إرساء المناقصات والممارسات العامة والمحدودة أو بإلغاء أي منها وأسباب استبعاد العطاءات ، على أن يعلن ذلك في لوحة إعلانات تخصص لهذا الغرض تحدد السلطة المختصة لها مكانا ظاهرا للكافة ، وأن يتم إخطار مقدمي العطاءات بخطابات موصى عليها بعلم الوصول على عناوينهم الواردة بالعطاء .

وفي هذا الإطار بات التقدم المتسارع نحو تحسين مناخ الاستثمار في مصر هدفا منشودا من أجل جذب البيوت العالمية والشركات متعددة الجنسيات لاستثمار أموالهم وخبراتهم الواسعة في مشروعات البنية الأساسية والتنمية الاقتصادية - وتلتزم بالتزامن مع هذه الغاية - اتخاذ مبدأ " الشفافية " أسلوبا ومنهجيا في التعامل مع الجهات الرسمية بعد أن كان التعامل خلف الأبواب المغلقة منفذا لضياع المال العام وإهداره بغير حساب ، فزادت تكلفة المشروعات العامة إبان تلك الفترة بنسبة ٢٠ % عما هو متاح في الأسواق المفتوحة تلك التي تسود فيها الأعمال بغير ستار وفق آليات المنافسة الحرة . (١٥٠)

**** رقابة مخالفات النزاهة والمشروعية في مرحلة إبرام العقد**

وفي فرنسا وسع قانون ١٩٩٣/١/٢٩ من اختصاصات التنظيم الإداري بالتفتيش وضبط مخالفات النزاهة والمشروعية عند إبرام عقود الشراء العام *" Les Merches Puplic "* ليشمل المخالفات المقترفة عند إبرام عقود الامتياز . ولا يقتصر نطاق رقابة هذا التنظيم على مرحلة إبرام العقد، بل تعزز ذلك بوجود نظام قانوني يجبر الإدارة على تمكين ذوى الشأن من الإطلاع على الوثائق ، وبعدم جواز منح أفضلية غير مبررة للغير ، وامتدت الرقابة لتشمل المخالفات المرتكبة في مرحلتى التحضير وتنفيذ العقد .

(١٥٠) تقرير مؤتمر القاهرة الأول للتعاون والتنمية بتاريخ ٢٣/٨/٢٠٠٠ الصادر عن (المنظمة المصرية للشفافية - عضو المنظمة العالمية للشفافية برلين) وذلك برعاية جماعة الإدارة العليا .

ويُتجه المشرع الفرنسي إلى إلزام الإدارة بتقديم الوثائق المتعلقة بتحضير وإبرام العقد للتأكد من مشروعية الظروف التي تم إبرام خلالها بعد أن هيمنت السرية على أعمال الإدارة وتصرفاتها.

هذا وقد اعتبر الفقه الفرنسي أن السرية ميراث تاريخي غرسه البيروقراطية من خلال السير في دوائر مغلقة بدلا من سماع مكشوفة ، ولهذا
اتمحب المشرع الفرنسي رويدا رويدا من نفق السرية إلى شمس الوضوح لتحسين
العلاقة بين الإدارة والمواطنين، فرتب حقا عاما لكل معنى بمشكلة ما أن يطلب
الاطلاع على جميع البيانات المتعلقة بها^(١٥١).

^(١٥١) انظر رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٦٧٥ وما بعدها.

وقد استحدث القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ مكتب متابعة التعاقدات الحكومية لتلقى الشكاوى المتعلقة بأي مخالفة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية ولكن هذا المكتب لا يختص بمتابعة شروط المشروع والراحة التي يبرم من خلالها العقد كما هو الحال بالنسبة للتنظيم الإداري الضمني في فرنسا.

المطلب الثاني

" مبدأ المساواة و تكافؤ الفرص في عقد الامتياز "

نتعرض لدراسة مبدأ المساواة بين كل من الإدارة والمتنافسين ، والمتنافسين فيما بينهم على نحو ما يلي: (١٥٢)

* المساواة بين الإدارة والمتنافسين:

في ظل مناخ الاقتصاد الحر ظهر مفهوم جديد في العلاقات القائمة بين السلطة الإدارية والأفراد أساسه التفاوض والحوار ثم الاتفاق ، وبالتالي تحول مفهوم القرار الإداري من ملامح الأمر والإخضاع ليكتسي ثوبا اتفاقيا قابلا للتفاوض بفرض المشاركة في تحديد مضمونه.

وبمقتضى هذا المفهوم الجديد تطورت التقنيات الاتفاقية في فرنسا من خلال تحولات مؤسسية تجلت في تعديل العلاقة الكلية للمجتمع المدني مع قانون الدولة في السنوات الواقعة بين ١٩٨٠-١٩٩٠ تلك التي ترعرعت في غضونها مفاهيم حرية العمل والتزام الدولة بعدم التدخل في العلاقات التجارية ، مما أدى إلى ظهور المجتمع الاتفاقي ، وإلى بروز العقد الإداري كقاعدة قانونية مهيمنة كما هو الحال في أنظمة الشريعة العامة *Common Law*.

وفي ظل هذا المجتمع الاتفاقي تسعى الإدارة العامة في علاقاتها العقدية لتأخذ ببطء إتفاقيا كاملا ، فالإدارة محكومة بمبدأ المشروعية وينبغي أن تستخدم السلطة الممنوحة لها "باحترام" *Discretament* وبأفضل وسيلة لذلك عن طريق الحصول على قبول من الأفراد في علاقاتهم معها، ودون شك فإن هذا المظهر الرضائي للعلاقات بين الإدارة والأفراد يجعل الإدارة في مركز أكثر تساويا معهم من جهة ، ويجسد تطورا حاسما في تطبيق مبدأ المشروعية بهدف الوصول إلى أرفع مستويات مفهوم خضوع الإدارة للقانون من جهة أخرى ، وتجلي هذا المنهج الواسع للتقنية الاتفاقية في مختلف المجالات الاقتصادية والاجتماعية ، حين تبين للإدارة أن استخدام "القرار" كان غير مجد ولا يتلاءم مع الإدارة الاقتصادية بالمفهوم الجديد.

(١٥٢) استاذنا الدكتور العميد الطباوى في العقود - المرجع السابق - ص ٢٢١ و ما بعدها

ومن هنا لجأت الإدارة إلى استخدام تقنيات تحمل في وضوح تام عوامل جذب الأفراد نحو اتخاذ المواقف الاقتصادية المرادة منهم بحرية تامة فلم تلزم الإدارة العاملين في مجال الصناعة بإقامة مشاريع في الأقاليم النائية في فرنسا ، بل قامت بإبرام "اتفاقيات حث" مع هذه الفئة لإقامة المشاريع الصناعية حيث يمنحون بموجبها مميزات وأفضليات مالية معينة كما نفذت الإدارة سياستها التسعيرية بناء على اتفاقات مبرمة مع العاملين في هذه المجالات ، بعد أن فشلت سياسة القرض الانفرادي عن طريق القرارات الجبرية في الفترة ما قبل سنة ١٩٨٦. (١٥٣)

وفي مرحلة إبرام عقد الامتياز يكمن مفهوم المساواة في وجود شخصين تتنازع بينهما المصالح ، أحدهما شخص عام ينهض بعبء رسالة المصلحة العامة وفي سبيلها يلجأ إلى إبرام العقد مع أحد الأشخاص لتحقيق مصلحة عامة وضرورية لتسيير مرفق عام ، وتتأتى المساواة بين الطرفين إذا نظرنا إلى علاقة الإدارة مع المتعاقد بأنها علاقة تعاون عقدي لإنجاز عمل محدد ، وما ينطوي عليه ذلك من استقطاب المعاونين (*Les collaborateurs*) الراغبين في التعامل مع الإدارة ، ولهذا فإن الأخذ بفكرة التوازن الدقيق في المصالح هو السبيل الناجع لإحداث تلاق بين إرادتي الطرفين ، في ضوء إقرار الإدارة بأن المتعاقد معها له كامل الحق في سلسلة

(١٥٣)

- *Benoit, le droit administratif francais Paris 1968 P.685*
- *Roche. R, Precis de droit public, Bunod, paris, 1973, p. 687*
- *Madiot. Y, Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilateral : recherche sur la notion de l'acte mixte en droit public Francais, these, L.G.D. J, Paris, 1971, p.14*
- *Hostiou. R, procedures et formes de l'acte administratif unilateral et droit administratif francais , these, L.G.D. J, paris, 1975, p25.*
- *Caillosse. J, La modernisation de l'etat, A. J.D. A. 1991, p 755 et S.*
- *Terneyre. PH, L'influence du droit administratif sur le droit des contrats administratifs A.J.D.A 1996, p. 670*
- *Lalumiere. C et Sadran. P , droit administratif , paris, 1991, p14.*
- *Richer . L, Les contrats administratifs, 1991, p3*
- *Chevallier. J, L'etat de droit, R. D. P, 1988, p331*

من التعويضات حين يتحمل تكاليف على عاتق أكثر شدة مما توقعه عند إبرام العقد من منطلق أنه لو علم بهذه التكاليف الزائدة لما تعاقد بلأى الأمر. (١٠٤)

وإذ تتواجه مصالح الجماعة مع مصلحة من ستتعاقد الإدارة معه فإنه ينبغي وضع هذين النمطين من المصالح في كفتين متساويتين في الوزن أو الثقل العقدي مما يقتضي إيجاد تقنية تعاقدية تكفل تنفيذ ضرورات المصلحة العامة في حدها الأقصى "متوازنة" مع متطلبات المصلحة الخاصة للمتعاقد بطرح مفهوم المساواة في عقد الامتياز من خلال تأمين مصلحة كل من طرفي الرابطة العقدية معا سواء بسواء. والحقيقة أن التوازن المالي يشكل أحد الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني للعقود الإدارية ، بما يجعل العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد أقل إختلافا وتنازعا من العلاقة التعاقدية الخاصة في العقود المدنية ، إذ لا تظهر فيها روح التعاون بين المتعاقدين بمقدار ما تظهر نوايا كل طرف منهما وهو أشد حرصا على تأمين مصلحته دون سواه ، بيد أن الأمر على خلاف ذلك في عقد الامتياز حيث تنشأ علاقات سوية مشربة بروح التعاون الجيد بين الإدارة والملتزم علي نحو يتلاءم مع حسن سير المرفق العام الذي يتصل العقد معه (١٠٥).

*مساواة المتنافسين فيما بينهم: إن المساواة مبدأ عام يكفل للمتنافسين الاشتراك في المناقصات والمزايدات العامة على قدم المساواة ، فلا يجوز لإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم إلا أن الإدارة قد تضع بعض القيود والشروط

(١٠٤) وقد عبر أ.مارسيل فالين عن هذا بالقول : (أن المتعاقد مع الدولة قد اعتبر في الماضي ذو مصالح تناقص بطبيعتها مع مصالح الدولة ، ومن ثم اعتبر " خصما " ADVERSAIRE أما في العصر الحديث ، فإن المتعاقد يعتبر " معاونا إراديا " collaborateur volontaire ويجب أن لا تعتبر مصالحه المالية متناقضة بالضرورة مع مصالح الدولة ..راجع مقالته الشهير عن التطور الحديث لعلاقات الدولة مع متعاقديها ، مجلة القانون العام الفرنسية سنة ١٩٥١ ، ص ٥ .

(١٠٥) انظر

Laubadere- Venezia J. C et Gaudemet. Y, Traite de droit administratif L.G. D. J, Paris, 1995, p 638. Ets ,Benoît P, Le droit administratif francais Dalloz, Paris, 1968,p588,685,Debbasch. CH, p166., Richer. L, Les contrats administratifs, 1991,p6 ,Rainaud J, Le contrat administratif- Volonte des parties ou lois des services puplics ? R. D. p, 1985, p. 1198

وانظر رسالة أ.د. محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص ٥٧٨ ورسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٦٢ وما بعدها ، ص ٣٦٩ وما بعدها ، ومؤلف أ.د. سليمان الطماوى الأسس العامة المرجع السابق ص ٦١٠ ، وهذه المبادئ من أهم الملامح الأساسية التي أرساها القانون الجديد في مصر فيما بين الإدارة والمتعاقد معها.

مستهدفة تحقيق الصالح العام ويتم تنفيذ ذلك إما بطريق: الاستبعاد العام ، أو بوضع شروط وقيود.

* الاستبعاد العام: « *L'Exclusion General* » : هو إجراء يتيح للإدارة أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرغوب فيهم من المناقصات التابعة لها بشكل نهائي أو لفترة محدودة ويتم الاستبعاد في كل من فرنسا ومصر كما يلي :

(أ) الاستبعاد العام في فرنسا: يقرر الاستبعاد العام في فرنسا في حالتين : كجواز علي خطأ تعاقدية أو بسبب النقص الواضح في إمكانيات ومؤهلات بعض المتعهدين ، فتدرجهم في قائمة المحرومين من دخول مناقصاتها ، ويتعين في الحالتين تبليغ من يشملهم قرار الاستبعاد حتى يتاح لهم التظلم وفق القانون والمطالبة بالتعويض إذا ترتب علي قرار الاستبعاد ضرارا ماديا أو معنويا .^(١٥٦)

(ب) الاستبعاد العام في مصر: ويتم الاستبعاد العام كجزاء تعاقدية عملا بحكم المادة الرابعة والعشرين من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأن : "ويفسخ العقد في الحالتين الآتيتين :

(١) إذا ثبت أن المتعاقد قد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله علي العقد .
(٢) إذا أفلس المتعاقد أو أعسر .

ويشطب أسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها من سجل الموردين أو المقاولين ، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية .." ،

* الشروط والقيود اللازمة لصلاحيه المتنافسين : يقع على جهات الإدارة التزام جانب الحيطة والتبصر في اختيار المتعاقد باعتبار أن ذلك من أولى الخطوات الواجبة نحو بلوغ الهدف المطلوب ، وقد فرض المشرع المصري في القوانين المتعاقبة الالتزام بأمرين:

^(١٥٦) يراجع : رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٣٧٩ وما بعدها ، و

* *Laubadere & Delvolve & Moderne op. Cit. P606., Mignon M. « Declin d'une Technique Classique – L'adjudication » D. Chro. 1954 P149 , Jeze G. op. Cit. P190 et suivant.*

أولهما شخصي : ويتمثل في منع الجهات الإدارية من التعامل مع أولئك الذين قيدت أسماؤهم في سجل الممنوعين من التعامل سواء بنص في القانون أو بموجب قرار إداري بسبب سوء سمعتهم لارتكابهم إحدى الجرائم المبينة في القانون ، وذلك باستبعادهم من قائمة المتنافسين . (١٥٧)

ثانيهما موضوعي : يفرض على الجهات الإدارية التزام جانب الدقة والتحري عن المتعاملين معها بأن تتوافر لديهم الكفاءة المالية والخبرة وحسن السمعة . (١٥٨)

ومن القيود المفروضة على مبدأ المساواة بين المتنافسين ما يلي (١٥٩) :

١- وفقا للمادة الثالثة من القانون يقصر التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المحلية فيما بين بعض المتعاقدين بذواتهم في مصر أو في الخارج ، وعندما يفوض المشرع قصر التعاقد بالنسبة لعقود معينة على المواطنين ومنحهم أولوية في التعاقد حسب ما ورد بالمادة الرابعة من القانون.

٢- من واجب الإدارة التأكيد مقدما من صلاحية المتقدمين للمنافسة عن طريق إثبات قيامهم في عهود قريبة بأعمال من نوع الأعمال المطروحة حتى لا تتعاقد الإدارة مع بعض المغامرين فتضلر المصلحة العامة من ذلك ، ولهذا تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في هذا المجال.

وقد حرصت محكمة القضاء الإداري على إبراز هذا المعنى بالحكم الصادر في أبريل ١٩٥٧ الذي تقول فيه : " من المبادئ الأساسية التي تخضع لها المناقصة العامة الإعلان وحرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين ، والمقصود بحرية المنافسة هو حق الأفراد في التقدم للمنافسة العامة دون منع الإدارة لأحد منهم أو

(١٥٧) تنص المادة ١٤ من القانون " تمسك كل جهة من الجهات التي تسرى عليها أحكام هذا القانون سجلات لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والامتهنيين والفنيين . وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلات لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات المذكورة سواء كان المنع بنص في القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقا لأحكامه ، وتولى الهيئة نهر هذه القرارات بطريقة النشرات المصلحية ، ويحظر التعامل مع المقيد في هذا السجل " .

(١٥٨) تراجع المادة ٣ من القانون والمادة ٦ من لائحته التنفيذية .

(١٥٩) تعد الشروط والقيود المفروضة في دفتر الشروط مظهرا لتحقيق مبدأ المساواة بين الإدارة والتعاقد فهي مفروضة على الإدارة والتعاقد على حد سواء . وانظر رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٣٦٩ .

حرماته من حقه في التنافس للوصول إلى إرساء العطاء عليه بإجراء سواء أكان عاما أو خاصا إلا أن هذا المبدأ الطبيعي يحد من إطلاقه قيدان : أولهما : يتعلق بما تفرضه الإدارة من شروط معينة ترى وجوب توافرها فيمن يتقدم للمناقصة ، وثانيهما : يتعلق بما تتخذه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصة العامة من استبعاد بعض الأفراد الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية مستهدفة بذلك ألا يتقدم للمناقصة إلا الصالحين من الأفراد والقادرين منهم ، فتوفر بذلك كثيرا من الجهد والوقت على لجان الفحص والبت وقرارات الحرمان التي تصدرها الإدارة في هذا الخصوص ، وتجد سندها ومصدرها فيما جرى به العرف الإداري ، وفيما للإدارة من سلطة وضع قواعد تنظم أعمال المناقصة".

" ومن حيث أن قرارات الحرمان أو الاستبعاد تخضع لرقابة القضاء الإداري ويجوز الطعن فيها أمامه بالإلغاء لإساءة استعمال السلطة إذا كان القرار قد صدر متكبها الصالح العام ، أو لأسباب لا تتصل به كالأسياب السياسية مثلا، كما يجوز الطعن بالإلغاء لعدم قيام الأسباب المبررة للاستبعاد أو الحرمان أو لعدم صحة هذه الأسباب ، وكما يجوز إصدار قرارات الاستبعاد بالنسبة للمتعهدين والمقاولين كجزاء بسبب العجز في تنفيذ التزام سابق ، يجوز أيضا استبعاد بعض الأشخاص غير المرغوب فيهم بما يتجمع لدى الإدارة من تقدير عام عن كفاية هؤلاء وقدرتهم دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة في عمل ما ، وذلك كإجراء وقائي تملية غيرة الإدارة لتهينة الجو الصالح للمناقصة". (١١٠)

وتطبيقا لهذا المبدأ قضت المحكمة : " بسلامة استبعاد شخص لما ثبت للبلدية من أنه على صلة بشركات أساءت في تنفيذ بعض العمليات ، وأن قدرته الفنية والمالية لمواجهة العمليات محل شك كبير (١١١) ، كما قضت " بصحة استبعاد آخر من الدخول في المزايدات لأنه كان يتخذها ذريعة للتنقل إلى مركز الشط بقصد تسهيل مهمته في تهريب المخدرات والأسلحة " . (١١٢)

(١١٠) القضية رقم ٢٩٦٤ لسنة ٧٧ و أكد ذلك حكم الإدارية العليا الصادر في ٦ مايو ١٩٥٩، س ٤ ص ١٢٥٤ .

(١١١) محكمة القضاء الإداري في ٢٩ نوفمبر سنة ١٩٥٥، س ١٠، ص ٥٤.

(١١٢) محكمة القضاء الإداري في ١٠ مارس ١٩٥٤، س ٨، ص ٩٢٥ كما تقول في حكمها الصادر في ٣٠ مارس ١٩٥٦ (س ١٠ ص ٢٧١) وأن للوزارة الحق - وهي بصدد تنظيم أعمال المناقصات الخاصة بمشروعاتها في أن تستبعد المقاولين الذين يثبت لها عدم قدرتهم الفنية أو المالية لأداء هذه الأعمال وقراراتها في هذا الشأن يصدر بناء على سلطتها =

٣) ولضمان جدية المشاركة في المناقصات العامة فرض المشرع في القانون الجديد على المتنافسين تقديم تأمين مؤقت لا يقل عن ٢% من القيمة التقديرية للعطاء كحد أقصى ويرد هذا التأمين لأصحاب العطاءات غير المقبولة فور انتهاء المدة المحددة لسريان العطاء .

٤) منع بعض الأفراد من الاشتراك في المناقصات والمزايدات في الأحوال الآتية^(١١٣):
(أ) من سبق له التعاقد مع الإدارة وأخل بالتزاماته إخلالا جسيما ، ^(١١٤) ويرتب القانون على ذلك شطب اسم المتعاقد من سجل المتعاملين مع الإدارة.

وقضت المحكمة الإدارية العليا : " للإدارة حق أصيل في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة ، ولها مطلق التقدير في مباشرة هذا الحق لا يحدها في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة " .

(ب) إذا كان الشخص يتخذ من المناقصات والمزايدات ستارا لارتكاب أعمال لا تتفق والمصلحة العامة ، ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري^(١١٥) أنه: " وبعد إذ ظهر أن

=التقديرية. ولحمكين الإدارة من ممارسة حقها السابق فرض القانون علي مقدمي العطاءات عن مقاولات الأعمال أن يبينوا في كتاب مستقل يرفق بالعطاء قيمة الأعمال ونوعها وتاريخها ، التي قاموا بها للحكومة والهيئات العامة وشركات القطاع العام. فإذا كان لم يسبق لهم القيام بأعمال من هذا القبيل ، فعليهم أن يقدموا إلي جهة الإدارة ما يثبت قيامهم في عهود قريبة بأعمال تشبه في نوعها الأعمال المطروحة في المناقصة ومواقعها ومجموع قيمتها وتواريخ إنجازها ، وعليهم عمل التسهيلات اللازمة لتدويي جهة الإدارة لمعينة تلك الأعمال ، وتقديم كافة البيانات والمستندات التي تثبت قيامهم في مكاتب أو سجلات خاصة وقفا للقوانين أو القرارات التي تنظم ذلك .

^(١١٣) إن استخدام كلمة "شخص" في هذا المقام يكون أكثر دقة حيث أنها تشمل الشخص الطبيعي والشخص المعنوي بينما كلمة الفرد تعني فقط الشخص الطبيعي ، ومعلوم أن الجهات الإدارية تعامل مع الشخص الطبيعي والمعنوي ومن ثم ينصب المنع من الدخول في المناقصات مستقبلا على الاثنين معا سواء بسواء.

^(١١٤) قد ينص على هذا الجزاء صراحة في دفاتر الشروط ، ويعلق كجزاء على ارتكاب أخطاء معينة وحينئذ لا يطبق الجزاء إلا إذا تحققت تلك الأخطاء المحددة . (حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٤ يولييه ١٩١٤ في قضية « Youffret » المجموعة ص ٩٤١ فإذا لم يرد نص من هذا القبيل في العقد فإن الإدارة تملك أيضا استبعاد من سبق التعاقد معه و أخطأ في تنفيذ التزاماته ، ولكن يجب أن يثبت هذا الخطأ . يعني أن قيام الخطأ من عدمه لا يترك لتقدير الإدارة المطلق وإنما تخارسه تحت رقابة القضاء أحكام المجلس الفرنسي في ٢٣ يولية في قضية « Surhomme » المجموعة ص ٦٨٣ وفي ١١ مارس ١٩٢٧ في قضية « Lorenzo » المجموعة ص ٣١٥ ، وفي ١٣ مارس ١٩٣٧ في قضية « Jac » المجموعة ص ٣٢٣ ولا يراقب القضاء مجرد قيام الخطأ المدعى بقيامه بل يراقب جسامته - حكم المجلس الصادر في ٢٨ مارس ١٩٣٩ في قضية « Fribourg » المجموعة ص ٢٢٤ أنظر أ. د. المميد الطماوي في العقود المرجع السابق هامش ص ٢٢٦ .

^(١١٥) الإدارية العليا في ١٧ فبراير ١٩٦٢ (س ٧ ص ٣٣٤) ، القضاء الإداري في ١٠/٣/١٩٥٤ (س ٨ ص ٩٢٥) .

المدعى قدم عطاءات بأسعار في ظاهرها تحقيق مصلحة مادية للحكومة ، وأنه قد تحمل خسارة مادية إن هي إلا ذريعة لينفذ من ورائها إلى تحقيق أغراضه الخفية إلا وهي قيامه بتهريب الأسلحة والمخدرات ."

(ج) من سبق الحكم عليه بعقوبة جنائية ، يستلزم حتما حرمانه من القبول بصفة متعهد أو ملتزم ، وذلك بالتطبيق لحكم المادة ٢٥ من قانون العقوبات .

(د) من فقد الاعتبار بسبب الحكم عليه بالإفلاس أو التجريد من الحقوق المدنية.

(هـ) شرط الجنسية : جرى القضاء الفرنسي على بطلان هذا الشرط ، ثم عدل عن هذا المسلك واعترف بشرعية الشرط في سائر العقود الإدارية ، والأمر على خلاف الحال في مصر فالتشريعات تشجع استثمار المال العربي والأجنبي بمنح مزايا وإعفاءات ضريبية وجمركية وغيرها .

(٦) منع الوساطة في التعاقد.

(٧) أن يكون مقدم العطاء مقيما في مصر أو أن يكون له وكيل معتمد فيها .

(٨) شرط عدم التعامل مع إسرائيل . وبعد إتمام الصلح مع إسرائيل نصت المادة الأولى من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٨٠ على أن " يلغى القانون رقم ٥٠٦ لسنة ١٩٥٥ بمقاطعة إسرائيل وجميع القوانين المرتبطة به " ، ولهذا خلا القانون رقم ١٩٨٣ الملغى والقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٨ من الأحكام المتعلقة بذلك .

والمسلم قضائيا أن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في استبعاد غير المرغوب فيهم وقرارها قرار إداري منفصل « *Acte détachable* » يجوز الطعن فيه استقلالا بدعوى الإلغاء وتخضع سلطتها لرقابة القضاء لا يعيها إلا إساءة استعمالها. (١٦٦)

(١٦٦) أ.د. سليمان الطماوى في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٢٢١ وما بعدها - أنظر دى لوبادير في العقود المرجع السابق ص ٢٧ وما بعدها ، وحكم المحكمة الإدارية العليا في ١٧ فبراير ١٩٦٢ س ٧ ص ٢٣٤ .

المطلب الثالث

"مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد"

في عقد الامتياز "

تتمتع الإدارة كقاعدة عامة بحرية اختيار المتعاقد معها ، طالما أن المشرع لم يلزمها بأسلوب معين عند التعاقد ، وهذه سلطة تقديرية تستعملها الإدارة في حدود الصالح العام^(١١٧) فإن تركت التعاقد مع شخص بذاته إضرارا به ومحابة لغيره جاء قرارها مشوبا بعيب الانحراف خليفا بالإلفاء ، وللإدارة حرية الالتجاء إلى طريقة المناقصة أو الممارسة بنوعيهما أو الاتفاق المباشر من أجل اختيار المتعاقد معها .

و فيما يلي نتعرض لتطبيق مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في عقد الامتياز في كل من فرنسا ومصر التزاما بقاعدة الاعتبار الشخصي في التعاقد:

****أولا: كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد في عقد الامتياز وتطوره في فرنسا:**

• اختيار الإدارة للمتعاقد معها وتطوره.

انصرفت الإدارة في فرنسا خلال القرن التاسع عشر عن أسلوب المناقصة بصيغتها التقليدية القائمة على أساس المنافسة الحرة المطلقة والإرساء على السعر الأقل لأن الطابع المتزايد للمرافق العامة أدى إلى ظهور حاجات معقدة ذات طبيعة خاصة لم تكن معروفة سلفا ، وصارت محلا لعقود إدارية ذات ملامح تقنية جديدة ، وكان لا مناص من تحديد المتنافسين المتمتعين بالأهلية التقنية الكافية لتنفيذ مثل هذه الأداءات بحرية كاملة دون اعتماد على آليات العرض والطلب ذات النتائج غير المضمونة، من منطلق وجوب ترك الأمر بين أيدي أمينة تدرك أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد ليست علاقة تضارب وتنافر ، بقدر ما هي علاقة تعاون في سبيل التنفيذ الأمثل لحاجات المرفق العام.

(١١٧) أنظر مؤلف أ. د. ربيع أنور فتح الباب " العلاقة بين السياسة والإدارة دراسة تحليلية في النظم الوضعية وإلا سلام " ص ٤٣ دار النهضة العربية عام ١٩٩٤ حيث يقول: " ولرى أن الصالح العام هذا هو فكرة توفيقية أو يمثل حلا وسطا بين المصالح المتعارضة للأفراد ، أو هو الصالح المسيطر لمجموعة من الأفراد في داخل المجتمع يختلف نطاقها ضيقا واتساعا من نظام سياسي إلى آخر ... ومن ثم فإننا نؤيد الرأي الذي يقول أن الصالح العام ليس إلا مجموعة المصالح الخاصة التي اجتمعت فيما بينها لتحقيق رغباتها في ظل الظروف المتاحة " .

ومن هنا ظهرت الضرورة للتوفيق بين مفهومي السلطة التقديرية للإدارة لوزن الإمكانيات التقنية للمتنافسين وبين الحصول على أفضل سعر ممكن، وتبلورت هذه النظرة من خلال مفهوم جديد للمناقصة يقوم على عنصرين:-

١- فك القيود التي رتبها المشرع على الإدارة في معرض قبولها للمرشحين للمنافسة بحيث لا تكون سلطتها مقيدة بقبول المرشح بمجرد استيفائه للشروط ومن ثم استبعاد مبدأ الدخول الحر إلى المنافسة .

٢- بقاء مبدأ الإسناد التلقائي الذي يحكم المناقصة العادية بحيث أصبح السعر الأقل هو الفصيل في تحديد المتعاقد وبذلك تم التوفيق بين مصلحة الإدارة التقنية بتقييد الدخول إلى المنافسة، ومصلحة الإدارة المالية ببقاء مبدأ الإرساء على السعر الأقل.

ويعتبر أمر ١٨٣٦/١٢/٤ هو الأصل التشريعي التاريخي للتفرقة بين مفهومي المناقصة المفتوحة والمناقصة المقيدة حيث قرر ما يلي:(إذا كان من شأن المنافسة غير المحدودة أن تسبب ضررا للإدارة، فإنها يمكن أن تخضع لقيود تحصر المنافسة بين أشخاص معروفين بكفاءتهم، وذلك بالاستناد إلى تدابير مسبقة متخذة من قبل الإدارة).

وبموجب المادة ٢١ من مرسوم ١٩٤٢/٤/٦ استقر مبدأ المناقصة المقيدة ونظامها القانوني في فرنسا على نحو ما يلي:

الطريقة الأولى : الممارسة عن طريق إجراءات المناقصة :

« Les Marches d' Agréé »

تستهدف هذه الطريقة إخضاع التعاقد لأكبر قدر من المنافسة عن طريق إتباع إجراءات المناقصة دون إلزام الإدارة باختيار متعاقد بعينة ، وهذا هو الفارق الجوهرى بين التعاقد بهذه الطريقة ، وبين التعاقد الذي يوجب القانون إبرامه عن طريق المناقصات العامة التي تقوم على مبدأ آلية الإرساء.

ويمكن توجيه الممارسة إلى جميع الشركات أو المقاولين ويطلق على هذه الطريقة « Appel d'Offres Ouvert » " الدعوة المفتوحة " ، وقد توجه الدعوة

إلى شركات أو مقاولين معينين « *Appel d'offres restreint* » " بالنظر إلى أن قدرتهم تفوق غيرهم من النواحي المالية والقيمة الفنية لعروضهم (١١٨) .

وأيا كانت الطريقة المتبعة فإن الإدارة تستقل باختيار المتقدم التي تقدر بمحض ترخصها أن عطاءه أفضل العروض ، كما تستطيع أن تطلب من متقدم أو أكثر تخفيض قيمة عطاءاتهم ، ويتعين على الإدارة الالتزام بإجراءاتها متى أعلنت مختارة أنها سوف تتبعها بالنسبة إلى عقد معين . (١١٩)

الطريقة الثانية : التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر وبفاتورة أو مذكرة :

« *Les Marches par Entente Directe et Les Marches ou Mémoires* »

وهما وسيلتان للتعاقد بالممارسة فالإدارة تساوّم وتختار من تتعاقد معه بنفس الحرية التي يتمتع بها الأفراد في نطاق القانون الخاص ، وحين تتفق الإدارة مع المتعاقد مشافهة فإنها تقوم بسداد مستحققاته بموجب فاتورة أو مذكرة عقب تنفيذ موضوع العقد ، وفي حالة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر تسرى القاعدة العامة بوجوب إفراغ الاتفاق في الشكل الكتابي .

وتلجأ الإدارة إلى التعاقد المباشر لتنفيذ بعض الأعمال العامة التي تتسم بطابع السرية وفي حالات الاستعجال *Urgence* أو عند عدم جدوى المنافسة إذا كان التعاقد يتطلب الاستعانة باختراع معين تحتكره شركة أو شخص بعينه أو كان تنفيذ الأشغال يتطلب مهارات واستعدادات خاصة لا تتوافر إلا في شركة معينة كما تتبع في حالة رغبة الإدارة القيام بدراسات أو تجارب معينة قبل تحديد صورة العقد النهائية ذلك حين لا يكون من المقدور تحديد مقابل العقد مقدما ويطلق على هذا النوع تسمية « *Marché a pris provisoire* » مادة ٣٦ مرسوم ١٣ مارس ١٩٥٦ .

(١١٨) تضع الإدارة في اعتبارها قيمة المقابل وتكاليف الاستعمال والقيمة الفنية والضمانات المهنية ومدة التنفيذ

الخاصة بكل عطاء (مادة ٢٨ من مرسوم ١٩٥٦) انظر أندريه لوبادير في العقود الجزء الأول ص ٢٤٠، ص ٣١٢ .

(١١٩) أ.د. سليمان الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٢٨٥ وما بعدها وأنظر (حكم مجلس الدولة الفرنسي

المصدر في ٩ مارس ١٩٦٠ في قضية *Massida* المجموعة ص ١٨٧)

تتولى الإدارة تقييم العروض وفق قواعد أعدت سلفاً من خلال منافسة تجري بين عدة بيوت خبرة أو مقاولين ويكون لها مطلق الحرية في اختيار الأشخاص الذين يسمح لهم بالاشتراك في المنافسة دون اتخاذ إجراءات المناقصة ، لكنها ملزمة باحترام القواعد عند ترتيب العطاءات فلا تستطيع الإدارة السماح لشخص بمميزات لا يتمتع بها غيره ، كان تسمح لأحد بأن يغير في عطائه بعد تقديمه .

وفي نطاق فحص العروض تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المتعاقد معها ، ويمارس القضاء الإداري رقابه مقيدة *Un Contrôle Restreint* في هذا المضمار كما في الحالات الآتية :

(١) رقابة الغلط البين في التقدير : عندما يصدر قرار اختيار العرض الأكثر ملاءمة دون مقارنة حقيقية بين العروض ، وعندما يكون معيار تقييم أحد العروض غريباً عن مقوماته لجهل الإدارة بمعطيات التفوق الفني والمهني للعرض ، وحين يكون معيار اختيار أحد العروض مغلوطاً في بياناته بشكل واضح.

(٢) رقابة احتمالات الغلط في القانون *L'erreur de droit* إذا ما قام قرار الإدارة بالاختيار على أساس معيار تقديم تراخيص أو موافقات وهي لا تمنح قانوناً إلا بعد تمام إبرام العقد والبدء في تنفيذه .

(٣) رقابة الغلط في الوقائع التي يقوم عليها قرار الاختيار .

(٤) رقابة الانحراف بالسلطة . (١٧٠)

(١٧٠) أنظر :

- *Laubadère & Delvolvé & Moderne « Traité des contrats » Tome 1 Paris 1956 P639.*

، رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٥٧٢ وما بعدها .

* اختيار المتعاقد في عقد الامتياز وفق قاعدة الاعتبار الشخصي في فرنسا: (١٧١)

يؤكد الفقيه "جيز" ذلك بالقول : " أن الاعتداد بالاعتبار الشخصي لا يكون على نفس المستوى بالنسبة للعقود الإدارية ، ذلك أن أساس هذه القاعدة هو صلة العقد بالمرفق العام بحيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقد الامتياز نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى شئون إدارته .

أكد " فيدل " و " ديلفولفيه " أنه : " إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لأساليب معينة عند إبرامها (كالمناقصات والمزايدات) ، فإنه لم يقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الامتياز بالنظر إلى اتصال هذا العقد الوثيق بالمرفق العامة ، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزناً خاصاً عند إبرام العقد .

« Alors que, pour beaucoup d'autres contrats administratifs, l'administration est tenue de recourir des procédés de désignation automatique du contractant, par exemple ont l'adjudication en matière de concession elle est absolument maîtresse de choisir son partenaire ».

وفي هذا الصدد حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٤ فبراير ١٩٧٥ في قضية *Épapous Martin* والمنشور بمجلة القانون العام مع تعليق الفقيه " فالين " علي : " أن الحرية المكفولة للإدارة في مجال إبرام عقود الامتياز قد يقيد منها احتكار يمنح لبعض الأشخاص العامة أو بعض شركات الاقتصاد المختلط لإدارة بعض المرافق العامة " (١٧٢).

(١٧١)راجع في هذا الصدد بصفة أساسية في :

* الفقه الفرنسي :

* *Jèze : les contrats administratifs tome 2 1932 Paris p 213 et suiv.*-

* *A. De laubadère : les contrats administratifs tome 2 p103 et suiv.*

* الفقه المقارن :

* « *Flamme, Traite théorique et pratique des marchés publics Tome 2 Bruxelles 1969 p. 11 et suiv.* »

* الفقه المصري :

< مؤلف أ.د. محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق " الأحكام العامة " ص ٥٦ وما بعدها .

< مؤلف أ.د. سليمان الطماوي المرجع السابق " الأسس العامة للعقود الإدارية " ص ٢٨٥ وما بعدها .

(١٧٢) راجع مؤلف استاذنا / محمد سعيد حسين أمين في العقود الإدارية المرجع السابق ص ١١٣ و ١١٤ ، وأنظر مؤلف

الفقيهان " فيدل " و " ديلفولفيه " في القانون الإداري ص ١١٤٠ باريس ١٩٨٨

• ويقرر الفقيهان " فيدل " و " ديلفولفيه " في هذا الصدد ما يلي :-

والمسلم أن عقد الالتزام ينفرد بخصائص ذاتية تفرض على الإدارة اختيار الشخص القادر على النهوض بعبء استغلال مرفق الامتياز وإدارته أخذاً بمبدأ الاعتبار الشخصي ذلك من خلال تحقق صفات جوهرية في الملتزم ضماناً لتنفيذ عقده على أكمل وجه ، فالكفاية المالية والخبرة الفنية والضمانات المهنية فضلاً عن السيرة الحسنة تعد من المؤهلات الأساسية التي يتعين على الإدارة مراعاة توافرها فيمن يتقدم للتعاقد معها في عقد الامتياز .

ويتلزم مع تطبيق هذا المبدأ ضرورة منح الإدارة سلطة تقديرية واسعة في مجال اختيار الملتزم دون إجراء منافسة سابقة على إبرام العقد معه ، حيث أكد قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأن الإدارة لا تلتزم عند إبرام عقد تفويض (امتياز) مرفق عام - بالخضوع لإجراءات الإبرام التي نص القانون عليها بالنسبة لعقود الشراء العام ذلك لضرورة الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي في انتقاء المتعاقد معها في عقد التفويض من جهة ،،، ولعدم وجود نص قانوني أو تنظيمي يفرض على الإدارة إتباع إجراء معين في معرض إبرام هذا النوع من العقود من جهة أخرى ،،، ويؤكد الفقه الفرنسي بأن هذا المبدأ قد أبدعه مجلس الدولة الفرنسي من جملة ما أبدع من مفاهيم وظل مخلصاً له على الدوام (١٧٣) .

=« *Cependant, le principe du libre choix du concessionnaire se trouve écarté par les règles caniférani un monopole à certaines personnes publiques pour la gestion de certain service public pour la gestion de certains services publics. Ainsi, les collectivités locales ne peuvent accorder de production, de transports ou de distribution d'électricité qu'à Electricité de France.*

Dans certains cas, le choix est limité à certains types de personnes (par ex. Sociétés d'économie mixte ou établissements publics pour les concessions d'aménagement urbain ou régional) ».

ورد بمؤلف " فيدل " و " ديلفولفيه " أن اشتراط الجنسية الفرنسية في الملتزم المرافق العامة كان يعارض مع اتفاقية السوق الأوروبية المشتركة فتم إزالة هذا التعارض بموجب مرسوم رقم ٧٠ - ٤١٠ الصادر في ١٥ إبريل ١٩٧٠ ، وذلك دون أن يؤثر هذا الوضع في الاحتكار الممنوح لاستغلال مرفقي كهرباء وغاز فرنسا .

«En revanche, les dispositions restrictives imposantes la nationalité française aux personnes physiques ou morales concessionnaires de services publics contraire au traité de Marché commun, ont été levée par le décret n.70 - 410 du 15 avril 1970, sans que pourtant il ait été porté atteinte au monopole d'Electricité de France et de Gaz de France ».

(١٧٣) أنظر :

*Bonnard R. « Précis de droit administratif » Précis de droit administratif 1943 4e. P718.=

ويبدو الأساس القانوني للاعتبار الشخصي واضحاً، لأن إبرام عقد الامتياز ما هو إلا حلقة من حلقات تنظيم المرفق العام ،، وأن سلطة الإدارة في اختيار شريكها في هذا العقد بحرية كاملة هي ذات السلطة الممنوحة لها من قبل لتأمين أفضل تنظيم لهذا المرفق،،، فمناط السلطة في الحالتين هو استمرار الإدارة في أداء رسالتها باختيار عقد الامتياز منذ البداية كوسيلة لإشباع حاجات عامة .

وبهذه المثابة ترتبط سلطة الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي ارتباطاً وثيقاً سواء في عقد الامتياز أو في تنظيم المرفق العام محل هذا العقد ، ذلك أن التنظيم الأفضل للمرفق العام يشكل " أساساً " للاعتبار الشخصي " وقيداً " عليه فهو " الأساس " منذ أن قررت الإدارة تنظيم هذا المرفق بموجب السلطة التقديرية في اختيار الامتياز كوسيلة لإدارة المرفق العام.

وفي نفس الوقت يعتبر التنظيم الأفضل للمرفق العام "قيداً" على سلطتها في مجال تطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي لاختيار أفضل العناصر لأداء هذه المهمة دون عائق من إجراءات طالما أن غاية سلطة الإدارة هو النفع العام.

ويتم ذلك بتحقيق التناظر بين حسن سير المرفق العام وبين الإمكانيات الحقيقية للشخص القادر على النهوض بإدارة مرفق الامتياز بحسبان أن أهلية الملتزم (المفوض إليه) هي موضع الاعتبار في المقام الأول عندما تسعى الإدارة لإبرام عقد تفويض معه.^(١٧٤)

=*Thurière J.TH. « Problématique du sujet pour le juge administratif – dans la délégation de service public » 1996 A.J.D.A P584.

*Alibert TH. L'intuitus personae dans la concession de service public R.adm.

*Chapus R. « Droit administratif » Tomme 1 Paris 1988 P555.

، رسالة أ.د. محمد سعيد أمين المرجع السابق ص ٦٨٠ وما بعدها .

^(١٧٤) ويؤكد سلطة الإدارة في الأخذ بمبدأ الاعتبار الشخصي في عقد التفويض وفي تنظيم المرفق العام معاً ، وفي تقييد سلطتها في الاختيار في بعض المرافق العامة – أن المرفق العام هو " كل مشروع تقوم به الإدارة بنفسها أو بواسطة الأفراد تحت رقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور " – يحدث أحيانا : " أن يفرض القانون على السلطة الإدارية ضرورة التدخل لإنشاء مرفق عام معين، وعندئذ تقيّد هذه السلطة حريتها في الاختيار، وتصبح ملزمة بإنشاء المرفق، وتسمى هذه النوعية من المرافق (المرافق الإجبارية) " انظر في هذا الصدد مبادئ القانون الإداري أ.د. محمود أبو السعود حبيب، أ.د. محمد سعيد حسين أمين ص ٢٨٠، ١٤ سنة ٢٠٠٠

من جهة أخرى يجد مبدأ الاعتبار الشخصي أساسه القانوني في مرحلة الإبرام من خلال جملة المسؤوليات الواقعة على كاهل الملتزم ، والتزامه الشخصي بالتنفيذ الجيد لأعمال المرفق محل الامتياز بغير توقف ، حتى وإن نشأ بينه وبين الإدارة خلاف من أي نوع ، ودون أدنى شك فإن متعاقدا يحمل مسؤوليات بهذه الصرامة لا يمكن إنتقاؤه بميزان الإجراءات مثل الحال عند إجراء المناقصات التي تقود إلى التلقائية في الاختيار.

من أجل ذلك كان من حق الإدارة وفقا لسلطتها التقديرية اختيار الملتزم الأكثر قدرة على الوفاء بالتزاماته وفق ملائمة المرفق ، كما يمكن للإدارة أن تضع حدا لنهاية العقد حين تزول مقومات الثقة في المتعاقد .

وفي ظل هذه السلطة التقديرية الواسعة للإدارة في الاختيار يكتفي القضاء الإداري بممارسة الرقابة الدنيا (*control minimum*) على معطيات الاختيار بحيث لا ينطوي هذا الاختيار على خطأ في القانون أو في الواقع أو تجاوزا في السلطة وقد رفض المجلس أن يبسط رقابته في مجال الملازمة ولا سيما رقابة الغلط البين.

وقد برر جانب من الفقه الفرنسي موقف المجلس بأن اختيار المتعاقد في عقد التفويض له طبيعة بالغة التعقيد من الناحية التقنية ، ولا وجه لخوض المجلس في غمارها لعدم وجود نص قانوني أو تنظيمي ، من شأنه الحد من سلطة الإدارة في الاختيار ، مما يجعل تدخل القضاء في مجال رقابة الملازمة من قبيل إلغاء الأصل الذي هو الإباحة .

وما إن أطل عقد التسعينيات من القرن العشرين حتى ظهر اتجاه ينادي بضرورة توفيق المفهوم الكلاسيكي السائد في نطاق إبرام عقود التفويض مع مقتضيات الإدارة الحديثة ، وتركز ذلك في طلب تطبيق قواعد المنافسة والعلانية على عقود التفويض (ولا سيما التزام أو امتياز مرفق عام) .

وإبان ذلك كان هناك اتجاه آخر يطالب الدولة بمكافحة الفساد وبتحقيق الشفافية في الحياة الاقتصادية والإدارية ، الأمر الذي حدا بالمشروع لإعداد مشروع قانون تضمن ما انتهى إليه قرار لجنة مكافحة الفساد (المشكلة لدى الوزير الأول) باقتراح إخضاع إبرام عقود التفويض إلى تقنية طلب العروض وفقا لنصوص تقنين عقود الشراء العام .

ولما عرض مشروع القانون على الجمعية الوطنية أسفرت المناقشات البرلمانية بالعدول عن هذه الأفكار لأسباب تتعلق بالأهمية الاقتصادية لعقود التفويض وتنفيذها ، وتمخض هذا المناخ عن صدور القانون رقم ٩٣-٢٢ بتاريخ ١٩٩٣/١/٩ المعروف باسم قانون " *SAPIN* " الذي تضمن لأول مرة في فرنسا قواعد إجرائية خاصة تحكم عقود تفويض المرافق العامة ، بضرورة أن يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول وفق إطار إجرائي حدده القانون ، ويصبح التصرف الصادر عن الإدارة في هذا المضمار مشوباً بالبطلان ، وذلك في حالة مخالفة هذه القواعد الإجرائية.

حينذاك صدر قانون ١٩٩٣/١/٢٩ - وقضى بأن التقنية الوحيدة لإبرام عقود التفويض هي "التقنية التفاوضية" والتي تتم بعد إجراء علانية كاملة ومنافسة مسبقة ، مما جسد التوفيق بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية والإجراءات العامة من جهة ، وضرورة تمتع الإدارة بالحرية الكافية عند انتقائها لشريكها في عقد الامتياز أخذاً بمبدأ الاعتبار الشخصي من جهة أخرى .

وقد استطاع المشرع الفرنسي المحافظة على إصراره التاريخي في عدم إخضاع عقود التفويض لقواعد الإبرام التي تحكم عقود الشراء العام ، وتخليه في نفس الوقت عن موقفه الثابت في عدم إخضاع إبرام عقود التفويض (الامتياز) إلى أي إطار إجرائي محدد. (١٧٥)

ويجزم الفقه الفرنسي المعاصر بأن المنافسة المسبقة على هذا النحو، لا تتناقض البتة مع مبدأ الاعتبار الشخصي من خلال الدور الذي تلعبه البيئة التنافسية في تحفيز المرشحين نحو التسابق لتقديم أفضل الشروط مما يتيح للإدارة أن تستطلع أفضل الإمكانيات لإدارة المرفق ، وإجراء مقارنة فعالة بين مختلف

(١٧٥) أنظر :

*C.E, 19/12/1913 « Drapeyron » Rec. P1280.

*C.E, 19/6/1936 « Sienrs Cromeck » Rec. P672.

*C.E, 10/4/1970 « Sieurs-Beau ET Lagarde » Rec. P243.

*C.E, 3/5/1974 « Sieur Flesch » Rec. P259.

*C.E, 28/3/1990 « Commune de la réole » C.G.D.F, A.J.D.A 1990 P466.

*Chapus R., op. Cit. P561.

*Alibert Th., op. Cit. P509.

*T.C, 6/6/1989, Préfet de Paris cité par Alibert op. Cit. P509.

، ورسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٦٠٥ وما بعدها .

الصفات والمميزات التي يحملها المتنافسون ،،، ومع اقتران ذلك بعمليات تفاوضية قد تطول أو تقصر يأتي اختيار الإدارة في النهاية وهي على بينة تامة بكافة القوى الاقتصادية المتاحة.

وقد عبر الفقيه " *CHAPUS* " عن ذلك بالقول : " أن التفاوض القائم على المنافسة والعلائية ، لا يقيد حرية الإدارة في اختيار مفوضها ، وإنما ينور عناصر الاختيار الحر لهذا المفوض " ، وبذلك أوجد قانون ١٩٩٣/١/٢٩ نوعا من المنافسة المقيدة عند إبرام عقود التفويض ، وفي نفس الوقت تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في تحديد المرشحين الذين سيدخلون إلى ساحة المنافسة والتفاوض. (١٧٦)

وعندما دخلت هذه النصوص التشريعية حيز التطبيق القضائي أكد رئيس محكمة باريس الإدارية بأن مفهوم المنافسة الذي أتى به قانون " *SAPIN* " لا يطابق مفهوم المنافسة الصارم الذي يطبق في إبرام عقود الشراء العام ، ويكفي أن تنتج عن المنافسة في عقود التفويض وجود حالة تنافس بين المرشحين على مستوى جيد . لاختيار الملتزم ، ويظل مبدأ عدم جواز تنازل الملتزم عن عقده إلى الغير ساريا التزاما بمبدأ الاعتداد بالاعتبار الشخصي في عقد التفويض.

وقد رفض القضاء الإداري الفرنسي بسط رقابته على أساليب التفاوض التي تتبعها الإدارة في معرض إبرامها لعقود التفويض على أساس أن القانون قد أعطى الإدارة حرية كاملة في التفاوض مع المتنافسين.

على أنه في مجال طرح العملية التعاقدية وإجراء التفاوض رسم قانون *Sapin* " نطاقا إجرائيا تضمن شرطين واستثناء كما يلي:

* شرط الدخول في المنافسة: وذلك بأن يعطى المتنافس عن استعداده لتقديم المميزات والافضليات - فيما لو تم إسناد تفويض المرفق إليه. ويعتبر توفير هذا الشرط معيارا لإسناد عقد التفويض إليه ، وهذا أمر منطقي من خلال انعكاس ذلك على جودة أداء الخدمة التي يقدمها مرفق الامتياز للمتفعين به.

(١٧٦) أنظر :

*C.E, 18/6/1982, S.A.R.L, Sud Pacific Navigation Rec. P667.

*C.E, 7/1/1976, Ville d'Amiens, A.J.D.A 1976 P632.

*Chapus R. « Droit administratif » Tome 1 op. Cit. P556.

، ورسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٦٠٧. وما بعدها .

* الشرط المتعلق بمدة العقد: إذا حدد القانون نطاقاً زمنياً معيناً لسريان عقود التفويض، فإن مدة العقد تحدد في هذا النطاق، على أن يؤخذ في الحسبان طبيعة العقد وقيمة الأموال المستثمرة فيه، بشرط ألا تتجاوز المدة المتفق عليها المدة الطبيعية وفق معدلات الاستهلاك المتبعة بالنسبة للإشاعات التي يقدمها الملتزم لاستغلال المرفق العام. (١٧٧)

وقد حدد قانون ١٩٩٥/٢/٢ مدة عقود التفويض لبعض المرافق البيئية مثل مرافق المياه : الصالحة للشرب وتطهير المياه ، ومرافق النفايات ، وذلك بما لا يجاوز عشرين عاماً. (١٧٨)

* الاستثناء من إجراءات العلانية والمنافسة المسبقة: استثنى المشرع الفرنسي بعض الحالات من التزام المنافسة والعلانية ، فأباح للإدارة أن تلجأ إلى الاتفاق المباشر مع أحد أشخاص القانون الخاص أو العام حين تري توافر عناصر الاعتبار الشخصي فيه ويتحقق ذلك فيما يلي :

- (١) عندما يقرر القانون احتكار خدمة أو نشاط معين لمصلحة مشروع بعينه.
- (٢) عندما تقوم الإدارة بتفويض مؤسسة عامة لإدارة مرفق الامتياز ، شريطة أن يكون هذا المرفق مما يقع بشكل واضح ضمن نشاط هذه المؤسسة وفق القواعد القانونية التي تحكمها .
- (٣) ألا تتجاوز المبالغ التي تقع على عاتق المفوض إليه في عقود الامتياز ما قيمته مبلغ ٧٠٠ ألف فرنك فرنسي خلال مدة العقد .
- (٤) إذا كان مشروع عقد الامتياز (التفويض) قد طرح في منافسة سابقة ، ولم يقدم أحد أي عرض فيها أو قدمت عروض ورأت الإدارة عدم مناسبتها .
- (٥) أنه يوجد نوعين من التفويضات يتم منحها على أساس تعاقدية وأخرى تمنح بقرار ، وقد أفتي مجلس الدولة الفرنسي أن التزامات المنافسة والعلانية الواردة في

(١٧٧) أنظر :

* Terneyre PH. « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs » A.J.D.A 1996 N°S P87.

(١٧٨) أنظر رسالة د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٦١٢ ، وبراجع :

*Chapus R. « Droit Administratif » Tome I Paris 1988 P 556.

قانون ١٩٩٣/١/٢٩ تطبق في نطاق التفويضات ذات الطبيعة التعاقدية دون التفويضات التي يتم منحها بقرار (١٧٩).

*** ثانياً : كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد في عقد الامتياز وتطوره في مصر :**

اختيار الملتزم في عقد الامتياز إعمالاً لقاعدة الاعتبار الشخصي:

ألمح أ.د. توفيق شحاته إلى هذا الموضوع وهو بصدد الحديث عن " التنفيذ الشخصي *Exécution Personnelle* " في المبحث الثالث من رسالته بالفرنسية وعنوانه « *Obligation du Concessionnaire* » بالقول (١٨٠) :

(١٧٩) وقد جاء في فتوى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٩٥/٩/٢٨ ما يلي:

(... Les dispositions des articles/38/et/ 40/ de la loi ne concernent que les cas ou les delegations font l'objet des contrats,elles ne sont pas applicables lorsque le choix du delegataire est le resultat d'une decision unilaterale)

راجع في ذلك:

Gaudement Y- Stirn B- Rolin. F, et Ealra. TH. D, Les grands avis du conseil d'etat, Dalloz, 1997, p684.

علماً أنه يجوز في مصر منح تفويضات مرفق عام بمقتضى ترخيص (قرار) ، ومن مثال ذلك الترخيص الممنوح للشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول لإنشاء وتشغيل خدمات اتصالات جي. إس. إم. ٩٠٠ ، راجع في ذلك:

- أ. د. محمد عبد اللطيف، الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية، المرجع السابق، ص ٩٢.
- راجع في ذلك د. مهند مختار نوح المرجع السابق ص ٦١٨ وما بعدها.

(١٨٠) أنظر رسالته بالفرنسية " امتياز المرفق العام " عام ١٩٤٠ المرجع السابق ص ٨٣ و ٨٤

« Que le contrat de concession soit conclu de gré à gré ou par adjudication publique, l'Administration s'assure dans les deux cas, par le choix du concessionnaire ou par les conditions qu'elle exige dans le cahier des charges de l'adjudication, que c'est celui qui offre les plus grandes chances d'une bonne exploitation.

C'est donc à raison de certaines qualités personnelles nécessaires que remplit le contractant, que l'Administration lui confie la gestion d'un service public. L'intuitu personae est un élément essentiel de la concession.

Il en résulte qu'il est interdit au concessionnaire de céder la concession sans l'autorisation de l'administration. Cette interdiction de céder n'a pas besoin d'être inscrite : elle résulte de la nature même du contrat de concession. Toutefois, nous retrouvons dans la plupart des actes de concessions de service public passés en Egypte, la formule suivante, avec quelques de forme : "La présente concession est purement personnelle: en conséquence, la Compagnie ne pourra la céder à des tiers, ni constituer pour l'exploiter, une société quelconque, sans l'autorisation préalable et écrite du Gouvernement " ».

« ينبغي على الإدارة التأكد مليا من أن الملتزم سوف يتولى في جميع الأحوال تنفيذ التزاماته في عقد امتياز المرفق العام علي أفضل نحو ممكن وفقا للقواعد التي تحددها الإدارة في كراسة الشروط سواء أكان اختيار الملتزم قد تم عن طريق " الممارسة *De Gré à Gré* " أو المناقصة العامة *Par Adjudication Publique* فالاختيار القائم على الاعتبار الشخصي *Intuitus Personae* " بعد عنصر أساسي في منح امتياز المرفق العام.

وترتبيا علي ذلك لا يستطيع الملتزم التنزل عن عقده إلا بموافقة جهة الإدارة ، ولا يشترط النص علي ذلك في العقد ، فالمنع يستند إلي الطبيعة الذاتية لعقد امتياز المرفق العام . ونجد هذا القيد مكتوبا بصيغ مختلفة في أغلب عقود امتياز المرفق العام في مصر علي نحو ما يلي : " إن هذا الامتياز شخصي يحت وبناء عليه فإن الشركة لا يمكن أن تنزل عنه للآخرين ، ولا يجوز لها تأسيس شركة أخرى لاستغلاله بدون الحصول علي إذن كتابي مسبق من الحكومة " . (١٨١)

ويقول أستاذنا العميد الطماوى " أنه إذا كان المشرع يخضع عقود الإدارة لطرق معينة عند إبرامها أشهرها المناقصات والمزايدات العامة ، فإنه لم يقيد الإدارة بأسلوب معين عند إبرام عقود الامتياز بالنظر إلي اتصال هذا الأسلوب بالمرافق العامة ، مما يجعل للاعتبارات الشخصية في الملتزم وزنا خاصا عند إبرام العقد . علي أنه إذا كان القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (المعدل) قد بين طريقة منح الامتيازات ، فإن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ (المعدل فيما بعد) هو الذي يتضمن الأحكام الموضوعية لعقود الامتياز في مصر . (١٨٢)

(١٨١) راجع " امتياز إنشاء خط سكك حديدية التابع لشركة الإسكندرية و الرملة للسكك الحديدية " مادة ٦ (ج ١ ص ٢١٦) ، امتياز توزيع الكهرباء في مدينة القاهرة مادة ١٦ (ج ٢ ص ٢٦٦) ، امتياز مدينة الإسماعيلية مادة ١٥ (ج ٢ ص ٣٣٩) ، امتياز مدينة السويس المادة ١٨ (ج ٢ ص ٤٠٩) ، امتياز استغلال الترام في بور سعيد المادة (ج ٣ ص ٥٤١) ، امتياز زفتي المادة ٧ (ج ٣ ص ٦٤٦) ... الخ وراجع أيضا المادة ٢٩ من كراسة شروط امتياز محطة الطاقة الكهربائية في مدينة الإسكندرية نوفمبر عام ١٩٣٩ م .

(١٨٢) أنظر مؤلف أ.د. سليمان الطماوى في الوجيز المرجع السابق ص ٣٣٣ .

ويقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد " أن الأساس الكامن في " قاعدة الاعتبار الشخصي " كعنصر جوهري فيما يتعلق بإبرام العقد ، يشكل وسيلة تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري لتحقيق الصالح العام . " (١٨٣)

وفي واقع الأمر تعتبر " قاعدة الاعتبار الشخصي " ذات أثر ملموس في نطاق نظرية العقد ، وهي تمثل حقيقة ثابتة في العقد الإداري . فالنفع العام " غاية " تسعى الجهات الإدارية لتحقيقها ، ويبدو واضحا التمسك بالاعتبار الشخصي في كل نوع من أنواع العقود الإدارية بدرجات متفاوتة ، ويمكن ذلك في ضوء ارتباط العقد بالمرفق العام ، ومن ثم يكون الاهتمام بشخصية المقاول أو المورد في عقود الأشغال العامة والتوريد محل اعتبار ، أما في عقد الامتياز فإن شخصية الملتزم تكون موضع اعتبار بالغ الأثر نظرا لما ينفرد به هذا العقد من خصائص وطبيعة ذاتية لارتباطه وصلته الوثيقة بالمرفق العام والنفع العام ومداه .

هذا وتولى الجهات المانحة اهتماما خاصا بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بالحرص الشديد على توافر عناصر الكفاية والقدرة المالية الخبرة الفنية وحسن السمعة بدرجة عالية في الملتزم للاطمئنان بقينا على حسن إدارة مرفق الامتياز لعشرات السنين ، وهي أمور بالغة الأثر تجعل من هذه القاعدة أساسا فاعلا لدى اختيار الملتزم من خلال تأكد الإدارة مليا في قدرته على حمل مسؤولية مرفق الامتياز وتقديم خدماته لجمهور المنتفعين به في انتظام وإطراد سنين عدا .

ويلاحظ في هذا الصدد أن التعاقد عن غير طريق المناقصات العامة والممارسات العامة رهين بتحقق شرطين أساسيين هما : ألا تلجأ الجهة الإدارية إلى الطريق الاستثنائي إلا بقرار مسبب من السلطة المختصة ، على أن يتضمن شرط التسبب بيان الظروف الاستثنائية التي أدت إلى العدول عن الطريق الأصلي إلى غيره حسب الطبيعة الذاتية لهذا العقد وطبقا للعرف الإداري . (١٨٤)

(١٨٣) أ.د. محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها وأنظر رسالة الدكتوراه أ.د. سمير إسماعيل " الاعتبار الشخصي في التعاقد " مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الإسكندرية عام ١٩٧٥ ص ٧ .

(١٨٤) ونقول المحكمة الإدارية العليا بأن العرف الإداري تعبير يطلق على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على اتباعها في مزاوله نشاط معين ، وينشأ من استمرار التزامها بهذه الأوضاع والسير على سنتها ما لم تعدل بقاعدة أخرى حكمها الصادر بتاريخ ٥ نوفمبر ١٩٥٠ من المجموعة الرسمية السنة الأولى ص ٤١ ونقول محكمة القضاء الإداري في حكمها في القضية ٤٥١ السنة الرابعة المجموعة ص ٦٩٧ " أن القول بضرورة التزام الإدارة باحترام العرف الإداري "

وتجيز أحكام المادتين من قانون المناقصات والمزايدات الجديد ٥،٣ التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة والممارسة المحدودة في حالات معينة حددها النص مما يندرج فيها نشاط وأعمال عقود الامتياز ، وتجيز المادة ٧ من القانون في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها بأن يتم التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر .

ولما كان اختيار المتعاقد في عقد الامتياز يتم أخذا بقاعدة الاعتبار الشخصي عن طريق المناقصة المحدودة أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر ، لذلك نتعرض لهذه الأنواع الثلاثة بالدراسة :

(١) المناقصة المحدودة : يقتصر حق الاشتراك في هذا النوع من المناقصات على أشخاص أو بيوت خبرة معتمدة أسماؤها في سجلات أو كشوف تقررها الجهات الفنية بالوزارات والوحدات والمصالح الإدارية بعد التحري عنها لتمييزها وكفايتها من النواحي الفنية والمالية وحسن السمعة ، ويدعى من لهم حق الاشتراك فيها .
وتقضي أحكام القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية في شأن المناقصة المحدودة بما يلي :

(أ) يكون التعاقد بطريقة المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية - استثناء وبقرار مسبب من السلطة المختصة - في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة.

القائم لا يعني أن هذا العرف يؤيد تطبيقه دائما يعني فقط أن على الإدارة ألا تخالف هذا العرف في حالة فردية بالذات مع استمرار الالتزام في الحالات الأخرى ، لأن فعلت ذلك فإن نظرها تكون في الواقع مخالفه لمبدأ المشروعية مع ما توجب على ذلك من نتائج قانونية ، وتستطيع الإدارة بل ومن حقها تغيير العرف السائد واستبداله بعرف آخر أو العدول عنه نهائيا إذا اقتضت المصلحة ذلك فإذا أقدمت الإدارة على مخالفة عرف سائد ولجات إلى إنشاء قاعدة أفضل من السابقة فلا يعاب عليها ذلك ما دامت تهدف بعرفها الجديد العدول النهائي عن العرف القديم " أستاذنا الدكتور محمد كامل ليلة " الرقابة على أعمال الإدارة " ص ٤٤ ، والمزيد من التفاصيل في مؤلف أستاذنا الدكتور رمضان محمد بطيخ في القضاء الإداري الطبعة الثانية ٢٠٠٠ دار النهضة العربية ص ٣٨ وما بعدها .

ب) استوجب المشرع في المادتين ١٠ ، ١٦ من القانون توافر الموازنة بين السعر والجودة لتمكين الإدارة من مواجهة الاعتبارات الفنية بجوار الشروط المالية من خلال إلزام المتنافسين بتقديم عطاءاتهم في مظهرين أحدهما للعرض المالي ، ويقتصر فتح مظاريف العروض المالية على العروض المقبولة فنيا مع إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية . ويجب أن يشتمل قرار استبعاد العطاءات وإرساء المناقصة على الأسباب التي يبني عليها.

٢) الممارسة المحدودة : حددت المادة الخامسة من القانون الجديد بأن يكون التعاقد بطريقة الممارسة المحدودة في الحالات الآتية :

- أ) الأشياء التي لا تصنع أو تستورد أو توجد إلا لدى جهات أو أشخاص بذواتهم
- ب) الأشياء التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها من أماكن إنتاجها .
- ج) الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم .

ويعد التعاقد بالممارسة من الأساليب المتميزة في اختيار المتعاقد فهذا الأسلوب يعتمد على المناقشات والمداولات كمحور أساسي بين المسئول عن التعاقد من جانب الإدارة وبين مقدمي العروض ، وتدور هذه الحوارات حول بنود التعاقد وشروطه ، وتسعى الإدارة للوصول إلى أفضل العطاءات في المرحلة التمهيدية التي تجربها كخطوة أساسية سابقة على اختيار المتعاقد بغية تحقيق المصلحة العامة والتقريب بين وجهات النظر المختلفة^(١٨٥)

٣) الاتفاق المباشر : نصت المادة الأولى من القانون بجواز التعاقد بالاتفاق المباشر استثناء من الأصل العام في التعاقد وذلك بموجب قرار مسبب من السلطة المختصة ، وتقضي المادة السابعة بأنه يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتمل إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها ، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناء على ترخيص رئيس الهيئة أو رئيس المصلحة أو من الوزير المختص أو المحافظ

^(١٨٥) انظر د. محمد أحمد عبد النعيم مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية دار النهضة العربية ٢٠٠٠ ص ١٥٣ .

في حدود معينة ، ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى أن يأذن بالتعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما يجاوز تلك الحدود .

كما يجوز لوزارتي الدفاع والإنتاج الحربي وأجهزتهما حالة الضرورة التعاقد بطريقة الاتفاق المباشر وبالأوضاع والقواعد المقررة بالمادة ٨ من القانون ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الجهة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر وذلك وفقا للشروط والقواعد التي يحددها .

وقد حمل القانون الجديد في مادته الأولى تطورا هاما بشأن كيفية تعامل الإدارة مع تقنيات الإبرام بأن يكون التعاقد على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال والنقل أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية عن طريق المناقصات أو الممارسات العامة، وأجاز استثناء ويقرر مسبب من السلطة المختصة أن يكون التعاقد بالممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر في حالات معينة وبشروط خاصة ،،، وبهذا جعل المشرع من الممارسة العامة تقنية رئيسية كما أوجد الممارسة المحدودة، والمعلوم أن الممارسة العامة تخضع لقواعد العلانية ، أما الممارسة المحدودة فلا تخضع لهذه القواعد بل تتم العلانية المؤدية للمنافسة فيها عن طريق إرسال خطابات موصى عليها تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة أو الممارسة العامة. (١٨٦)

ولا يضي الاختلاف في أسلوب الإعلان نفى وجود منافسة عند اللجوء إلى الممارسة المحدودة، بل هي قائمة في الحالتين، فقد أكد المشرع في حالة الممارسة المحدودة ضرورة استقطاب أكبر عدد من المتنافسين المشتغلين في موضوع الأداء المطروحة ، مما يعكس حرص المشرع بأن لا تكون الممارسة مجالا للمحاباة والتمييز إعمالا لمقتضى المادة ٤٧ من اللائحة التنفيذية.

أما الاتفاق المباشر فيقوم على التفاوض شأن الممارسة ، ويتمثل وجه الاختلاف في أن التفاوض في الممارسة يتم بعد استيفاء إجراءات العلانية ، بينما يحق للإدارة في الاتفاق المباشر اللجوء إلى متعاقد معين والتفاوض معه توصلا إلى أفضل الشروط لإبرام العقد.

(١٨٦) إذا صدر القرار دون تسيبه فإن الإجراء يكون باطلا وكذلك العقد الذي يبرم استنادا إليه.

وفي الاتفاق المباشر يتعين توافر شرطين:

• حالة الاستعجال التي تجعل إجراءات المناقصة أو الممارسة غير ممكن طبقاً للمادة السابعة من القانون، ومعيار الاستعجال كما رأت المحكمة الإدارية العليا معيار موضوعي تقدره جهة الإدارة تحت رقابة القضاء، وذلك في ضوء الظروف المحيطة بعملية التعاقد، والتي تعكس ضرراً محتمل الحدوث فيما لو تأخر إبرام العقد إلى الأجل الذي تستلزمه الإجراءات الأخرى.

• الإنن حيث لا يمكن للجهة الإدارية أن تلجأ إلى الاتفاق المباشر إلا بناء على تراخيص صادرة من سلطات وفي حدود مالية معينة نص عليها القانون. وقد أباح المشرع لرئيس الوزراء الإنن بالتعاقد بالاتفاق المباشر دون التقيد بسقف محدد في حالات الضرورة القصوى، وله في حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات ترتبط بطبيعة نشاط تلك الجهة بالتعاقد بالاتفاق المباشر وفقاً للشروط والقواعد التي يحددها (١٨٧).

وفي ضوء ما سبق يمكن القول بأن اختيار المتعاقد في عقد الامتياز في مصر، يأخذ بمبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد. كقاعدة عامة. إلزاماً بمبدأ الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد معها في عقد الامتياز.

(١٨٧) مؤلف م. عليوة فتح الباب " الموسوعة العلمية في المناقصات والمزايدات " ١٩٩٩ كومت، وقد وجه الكثير من الانتقادات للحد من سلطات رئيس مجلس الوزراء في هذا الشأن (مضبطة مجلس الشعب جلسة ٨٢ في ١٩٩٨/٥/٦ - ص ١٤)، لا سيما أن اعتبارات الضرورة عبارات فضفاضة ومرجع تقديرها يكون لرئيس مجلس الوزراء وحده.

المبحث الثاني إعداد وصياغة مشروع عقد الامتياز

تمهيد وتقسيم :

تناولنا بالدراسة في المبحث الأول كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها في عقد امتياز المرفق العام ، أما الخطوات اللاحقة لذلك فقد أتيح لمحكمة القضاء الإداري المصرية أن تبرز الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري فيما يلي : (١٨٨)

" إن النظرية القانونية العامة في العقود الإدارية تبدأ على غرار مثلتها في العقود المدنية بالنقضي عن شروط تكوين العقد الإداري ، ومن بعدها يُبحث عن شروط صحة انعقاد العقد وطرائقه من حيث اختيار الطرف المتعاقد مع الإدارة وإعداد شروط التعاقد . وتتكون العقود التي تبرمها الإدارة في العادة من عمليات أكثر تعقيداً منها في العقود المبرمة بين الأفراد ويبرز أشد أنواع هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة الإدارة التي تكون طرفاً في العقد الإداري فالعقد المدني ينشأ بمجرد تلاقى رضا كل من طرفي العقد برضاء الآخر .

وإذا كان التعبير عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة يشبه في بساطته التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص ، إلا أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالباً ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة ، وقد تكون على مراحل متعددة ، وفي فترات متلاحقة على حسب الأحوال . وعادة ما يسبق ذات التصرف ، الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد ، وتكون مكملة له مستهدفة إعمال أحكامه وتطبيق بنوده ، وطبيعي أن يكون إبرام العقد الإداري مسبقاً في العمل بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات . وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد ، لا يمكن أن يولد في حد ذاته رابطة عقدية . . . "

(١٨٨) حكمها بتاريخ ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٦ (س ١١ ، ص ١٠٦) .

ثم عادت المحكمة إلى تكرار المبادئ السابقة بشكل أكثر تفصيلاً في حكمها الصادر في ٢٠ يونيو سنة ١٩٥٧ حيث تقول :

" إن للعقد الإداري خصائص في إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص إذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية العامة قيوداً منها ما يتعلق بشكل العقد وموضوعه والنصوص التي تتضمنه ومنها ما يتعلق بحرية اختيار الشخص الذي تريد جهة الإدارة التعاقد معه كما أنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون ويشترط في البعض الآخر العرض على الهيئة التشريعية وصدر قانون بشأنها ويضاف إلى هذا أن الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص معينة تفرضها القوانين واللوائح وعليها كذلك أن تسلك سبلاً معينة للتعاقد وتتبع إجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد ومن العقود الإدارية ما يجب من حيث الشكل أن يكون العقد مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود القانون الخاص (١٨٩)

وفي ضوء ما تقدم ندرس القيود والإجراءات اللازمة لإبرام عقد امتياز المرفق العام ، أما صياغة بنود العقد فسوف ندرسها تفصيلاً في الفصل الثاني (كيفية اختيار المتعاقد في ظل نظام الـ B.O.T) نظراً لوحدة الصياغة القانونية وأهميتها وارتباطها بالمفاوضات كإجراء لازم في المرحلة السابقة على إبرام عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T ، ولذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين كما يلي :

المطلب الأول

" القيود السابقة على إبرام عقد الامتياز " .

المطلب الثاني

" دور الشكل في إبرام عقد الامتياز " .

(١٨٩) أ.د. سليمان الطماوي في العقود المرجع السابق ص ٢٩٩، ٣٠٠.

المطلب الأول

"القيود السابقة على إبرام عقد امتياز"

تتبلور أهم القيود التي يتعين على الإدارة استيفائها قبل إبرام عقد امتياز المرفق العام في بندين هما الإذن المالي والاستشارات السابقة (١٩٠):

الإذن المالي

لا تستطيع الإدارة أن تتعاقد إلا إذا وجد الاعتماد المالي، ويرتب القضاء الفرنسي على الفصل بين مجالي كل من القانون المالي والقانون الإداري النتيجةين التاليتين:

الأولى: أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالاعتماد المالي لا يترتب عليها بطلان التصرف الإداري ، ومن ثم إذا تعاقدت الإدارة رغم عدم وجود اعتمادات مالية فإن العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد سواء أكان الاعتماد غير موجود كلية أو كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به ، وبهذا المبدأ يقضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء امتناع الإدارة عن الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحجة مخالفة الإدارة للقواعد المنطقة بالاعتمادات المالية. (١٩١)

ولكن عدم وجود الاعتماد المالي في فرنسا يترتب عليه أثر عملي هام في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، ذلك أنه لا يستطيع إجبار الإدارة على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية إلا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك بالطرق المقررة. (١٩٢)

ولقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا في مصر أن تضع مبادئ واضحة في هذا الخصوص بحكمها الصادر في ١١ فبراير سنة ١٩٥٦ حيث تقول : "... فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلاً ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد

(١٩٠) أ.د. الطماوي المرجع السابق ص ٣٠١ ، أ.د. /محمد حلمي مراد " مالية الدولة " ١٩٥٧ ص ٢٠ .

(١٩١) مؤلف جيز في العقود الجزء الأول ص ١٥ وانظر مؤلف الفقيهين لافير وفالين بعنوان :

« *Traité élémentaire de Science et de Législation Financières* »

(١٩٢) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٤ فبراير ١٩٤٩ في قضية Vallaret المجموعة ص ٥٢ .

المال اللازم لهذه الأشغال ، أو حتى لو تجاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه فمثل هذه المخالفات - لو وجدت من جانب الإدارة - لا تمس صحة العقد ولا نفاذه وإنما تستوجب المسؤولية السياسية ، وعلّة ذلك ظاهرة وهي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية وليست تنظيمية عامة . ويجب من ناحية حماية هذا الغير ، ومن ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدماً إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر ، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح ، وما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود الغرض فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص التعرف عليها . ولو جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهناً بذلك لما حازف أحد بالتعاقد مع الإدارة ولتعطل سير المرافق العامة " (١٩٣)

الثانية : أن اعتماد المبالغ اللازمة للتعاقد - في الحالات التي يتعين فيها على جهة الإدارة المتعاقدة الحصول عليها مقدماً - لا يلزم الإدارة بالتعاقد سواء أكان هذا الاعتماد في صورة قانون من البرلمان أو قرار مجلس من المجالس ، فبالرغم من صدوره فإن جهة الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تعدل عن التعاقد إذا وجدت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك ففتح الاعتماد ليس إلا مجرد إذن غير ملزم بالصرف.

الاستشارات السابقة على التعاقد :

يوجد في فرنسا نوعان من الاستشارات :

الأولى : تسمى الاستشارات التلقائية والتي لا تعتبر من قبيل المشاركة في الاختصاص مع الجهة المختصة.

الثانية : تسمى الاستشارات الوجوبية وقد ثار خلاف بالنسبة للرأي الاستشاري الوجوبي عضوياً وموضوعياً ، وانقسم إلي اتجاهين :-

(١٩٣) مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا ، السنة الأولى ، ص ٢٩٨

« الاتجاه الأول: أن الرأي الاستشاري الوجوبي لا يغير في توزيع الاختصاص بين الجهة طالبة الاستشارة والجهة الاستشارية، ويبقى التصرف مسنداً إلى الجهة المختصة لكونها المسئولة عن آثاره الواقعية والقانونية.

« الاتجاه الثاني: أن الرأي الاستشاري الوجوبي ما هو إلا تقسيم للاختصاص، فالسلطة المختصة لا يمكن أن تتخذ هذا القرار إلا عن طريق سلوك درب المشورة فالقرار يتخذ بالتعاون بين السلطة الإدارية المختصة والتنظيم الاستشاري.

وفي مصر يفرض المشرع في أحوال عديدة على الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد استشارة جهة معينة لاعتبارات فنية أو مالية ، وبمقتضى المادة ٥٨ من القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن تنظيم مجلس الدولة لا يجوز لأية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أو تقبل أو تجيز أي عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين في مادة تزيد قيمتها على خمسة آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة (إدارة الفتوى) .

والقوة الإلزامية للاستشارات التي تجريها الإدارة قبل التعاقد على نوعين :
النوع الأول : غير ملزم وهذا هو الأصل في كل حالة لا ينص فيها المشرع على غير ذلك، وتجدر الإشارة إلى ملاحظة أساسية هي ضرورة التمييز بين طلب أخذ الرأي من ناحية، والالتزام به موضوعياً من ناحية أخرى، فإذا فرض المشرع على جهة الإدارة الراغبة في التعاقد الاستشارة قبل إجراء التعاقد فإنها تغدو ملزمة باستيفاء هذا الإجراء وإلا كان القرار الصادر منها باطلاً.

النوع الثاني : فهو ملزم للإدارة بمعنى أن المشرع يُلزم جهة الإدارة الراغبة في التعاقد بأخذ رأى الجهة التي يحددها والعمل بهذا الرأي أيضاً . وفي هذه الحالة تأخذ الاستشارة حكم التصريح بالتعاقد . (١٩٤)

(١٩٤) أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٢٨٦، ٢٨٧

" دور الشكل في إبرام عقد الامتياز "

ندرس في هذا المطلب : شرط الكتابة ؛ وأنواع الوثائق المكتوبة ؛ والشروط الملزمة في عقد الامتياز وذلك في بنود ثلاثة: (١٩٥)

أولاً : شرط الكتابة في عقد الامتياز : الأصل العام في عقود الإدارة هو إخضاعها لقاعدة الحرية « *La liberté contractuelle* » فالإدارة تستطيع التحلل من الشكل الكتابي للعقود الإدارية ، ولكن هذه الشكلية تفرضها الطبيعة الذاتية في عقود الامتياز إذ من العسير تصور عقد امتياز دون وثيقة كتابية تحدد حقوق وواجبات الملتزم وكيفية تصفيه الامتياز . الخ ، ، وقد استند مجلس الدولة الفرنسي في حالة عدم وجود عقد كتابي للقول باتعدام عقد الامتياز ويرتب على الشكل الكتابي نتائج بالغة الخطورة منها أن العقد المكتوب يعتبر ثابت التاريخ ولا يمكن إنكار ما به إلا عن طريق الطعن بالتزوير ، وهذه القاعدة معمول بها في مصر (١٩٦)

ثانياً : أنواع الوثائق المكتوبة في عقد الامتياز : من المسلم أن عقود الإدارة غالباً ما تتضمن عدة وثائق « *Pièces du Marchés* » تحتوي على شروط تعد جزءاً لا يتجزأ من العقد ، وأهم الوثائق المكتوبة هي دفاتر الشروط التي تتعدد حسب نوع العقد ، وقد اتجه المشرع الفرنسي في تطوره التشريعي إلى توحيد دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تتناول عقداً بعينه بالنسبة إلى جميع الوزارات والمصالح في الدولة (١٩٧) وتستقل جهة الإدارة بوضع شروطها مقدماً ويطلق عليها اصطلاح دفاتر الشروط (بأنواعها المختلفة) . كما توجد وثائق أخرى منها قوائم الأسعار أو

(١٩٥) أنظر أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٢٨٨ وما بعدها ومؤلف أ.د. سليمان الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٣٧٣ وما بعدها .

(١٩٦) أنظر مؤلف دى لوبادير في العقود المرجع السابق ص ٢٤٠ الجزء الأول .

(١٩٧) نص مرسوم ٦ أبريل سنة ١٩٤٢ الخاص بعقود الدولة " عن أنه " للجنة الوطنية للعقود العامة ، أن تعد بالنسبة لعقود التوريد وعقود الأشغال العامة دفاتر الشروط والمواصفات العامة التي تحكم جميع تلك العقود تكون ملزمة لجميع الوزارات والمصالح في الدولة بواسطة قرار من وزير المالية بحيث لا يجوز الخروج على هذه الدفاتر النموذجية *Cahiers Types* إلا بعلم اللجنة الاستشارية للعقود وتنفيذ هذه الفكرة ، صدر مرسوم ١٦ يناير سنة ١٩٤٧ بإنشاء لجنة عليا للعقود العامة مهمتها تحقيق التوحيد المشار إليه في مرسوم ٦ أبريل ١٩٤٢ .

جداول الفئات (بأنواعها المختلفة) التي توضح كيفية تقدير الإدارة أسعار الأعمال المطلوب تنفيذها أو المواد المراد توريدها، ومثل ذلك قوائم الأجور في المشروع. ومن الوثائق محل الاعتبار الكراسات التي تحوى تفصيلات تقديرية « *Le détail estimatif* » وهي دراسة جدوى المشروع حيث يمكن الاستناد إليها في تقدير المقابل النقدي المستحق للتعاقد^(١٩٨).

وقد أثار تنوع وثائق التعاقد مشكلة التعارض بينها وإن كانت القاعدة المتبعة في هذا الشأن هي : " أن الأحكام الواردة بدفاتر الشروط الخاصة يمكنها أن تعدل من الأحكام الواردة بدفاتر الشروط العامة ، إعمالاً للقاعدة الأصولية التي تقضى بأن الخاص يقيد العام ، وفي محاولة للتغلب على هذا التعارض شاع اتجاه التوحيد والتنسيق بين مختلف الوثائق الملحقه بالعقود الإدارية المتشابهة في كل من فرنسا ومصر .

وتعد دفاتر الشروط النموذجية أحكاماً عامة تطبق على عقد الالتزام بالإحالة إليها صراحة ضمن محرر العقد ذاته، ويخضع التكييف القانوني لدفتر الشروط لما يخضع له التكييف القانوني لعقد الالتزام ككل ، من حيث أنه عمل مركب يحتوى على شروط تنظيمية وتعاقدية في آن واحد، وهذا يعنى أن التعديلات الطارئة على دفاتر الشروط النموذجية تطبق على العقود السارية وقت نفاذها ذلك حين تنصب التعديلات على الشروط التنظيمية، أما إذا انصبت على الشروط التعاقدية، فإتباعاً تطبق على العلاقات التعاقدية التي ستبرم في ظلها فقط.^(١٩٩)

^(٢٠٠) فهناك دفاتر الشروط والمواصفات العامة (للوزارة أو المصلحة) *Les cahiers Des clauses et conditions générales* ويرمز إليها بالحروف C.C.G حيث تحدد تلك الدفاتر الشروط التي تطبق على جميع العقود التي تبرمها وزارة أو مصلحة معينة ومثلها دفاتر الشروط العامة والمواصفات المتعلقة بوزارة الحربية أو بمصلحة المائي .. الخ . كما يوجد كذلك دفاتر الشروط الخاصة بنوع واحد من العقود *Les Cahiers prescriptions communes* والتي يرمز إليها بالحروف C.P.C وهذه الدفاتر لا تتعلق بوزارة أو مصلحة معينة كالنوع السابق ولكنها تخصص كما يقرر أستاذنا الدكتور الطماوى بنوع بعينه من العقود . وأيضاً توجد دفاتر الشروط الخاصة *Les cahiers des prescriptions spéciale* ويرمز لها بالحروف C.P.S. وتعد هذه الدفاتر أشد أنواع الدفاتر تخصيصاً ، فهي تحوى على الشروط الخاصة بكل عقد يراد إبرامه ، فمهمة هذه الدفاتر أنها تكمل ما يكون من نقص في النوعين السابقين من الدفاتر بالنسبة إلى العقد المراد إبرامه . يراجع في هذا الخصوص مطول الفقيه " دى لوبلدير " في العقود ، المرجع السابق " الجزء الأول ، ص ٣٤٩ وما بعدها و أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود ص ٢٩١ .

^(٢٠١) *Madiot. Y,op.cit,p152 ets* ، رسالة الدكتور مهند مختار ص ٣٣٩

ومن أحدث القواعد الصادرة في مجال تقنين مظاهر الرغبة في التنسيق والتوحيد
يهدف تحقيق الانضباط في مجال تأمين المشروعات ما نص عليه قانون المناقصات
والمزايدات الجديد ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في مصر من وجوب امتداد نطاق سريان أحكامه
على جميع الوزارات والمصالح ووحدات الإدارة المحلية وكذلك الهيئات العامة. (٢٠٠)
وقد اتخذت عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. في مصر اتجاه التوحيد والتنسيق
بين مختلف الوثائق الملحقة بالعقود الخاصة بإنشاء وإدارة واستغلال المطارات
وأراضي النزول الصادرة بالتطبيق لحكم القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧، وهذه العقود
ليست فقط متشابهة بل متماثلة لكونها تخص نشاطاً واحداً.

وفي شرط الكتابة أفنت الجمعية العمومية بوجوب تحرير العقد باللغة العربية
استناداً إلى القانون رقم ١١٥ لسنة ١٩٥٨ الذي أوجب تحرير المكاتبات والعطاءات
وغيرها من المحررات والوثائق باللغة العربية ، ولا يحول ذلك دون وجود ترجمة
أجنبية للعقد إلى جانب اللغة العربية. (٢٠١)

ثالثاً : الشروط الملزمة : إن حرية الإدارة في صياغة وإنشاء العقد الإداري يحدها
من ناحية أخرى وجود شروط ملزمة للقوانين واللوائح والقرارات الوزارية توجب
على الإدارة إدراج شروطها في العقد ومثالها الشروط المتعلقة بظروف العمل وكذلك
الواردة بالقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية باعتبارها جزءاً مكملاً للعقد .

ومن الشروط العامة ما يتعلق بطبيعة النظام القانوني الذي يخضع له العقد وهناك
نصوص متعلقة بشروط وإجراءات إبرام العقد وهي ذات طبيعة لاحقة ملزمة
للإدارة وتعتبر الوثائق الملحقة بالعقد والشروط المبينة فيها جزءاً لا يتجزأ من العقد.

(٢٠٠) تقضي المادة الأولى من مواد إصدار القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ على أنه يعمل بأحكام القانون المرافق في شأن
تنظيم المناقصات والمزايدات وتسرى أحكامه على وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها
موازنات خاصة ووحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية.

(٢٠١) قوى الجمعية العمومية رقم ٤٥٧ بتاريخ ١٩٨٦/٥/٣ جلسة ١٩٨٦/٣/١٩ ملف رقم ٦٨-٤-١٠٤٢-
الستان ٤٠٠٣٩ ق مبدأ ٢٧ ب .

وخلاصة القول أن إبرام العقود الإدارية يتميز بخصائص لا نظير له
في مجال عقود القانون الخاص بدءاً من الاعتماد المالي وإلى التعبير عن
الإرادة ثم إجراءات التعاقد بمراحلها المختلفة وأخيراً صياغة نصوص
العقد والتصرّح بالتعاقد وانتهاءً بالتوقيع عليه ، ولهذا يتعين الرجوع
إلى القوانين واللوائح السارية المفعول في مراحل إبرام العقد ، وبطل
الأساس لكل عقد إداري أو عقد خاص تديره الإدارة هو قانون المناقصات
والمزايدات ولائحته التنفيذية . (٢٠٢)

(٢٠٢) أنظر مؤلف أ.د. سعاد الشرفاري في العقود المرجع السابق ص ٣٤٠ وما بعدها وص ٢٥٢ و ٢٥٣ .

المبحث الثالث " الترخيص بإبرام عقد الامتياز "

تمهيد و تقسيم : (٢٠٣)

يستلزم المشرع بالنسبة إلى بعض العقود الهامة ضرورة حصول جهة الإدارة على إذن بالتعاقد ، ولا تستطيع الإدارة التعاقد كلية بدونه فالتعاقد بدون الحصول على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا .

والمسلم في الفقه الإداري الفرنسي أن الإذن السابق هو قاعدة متعلقة بالنظام العام وتتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا ، ولا وجه للمقارنة بالقواعد المقررة لحماية ناقصي الأهلية في القانون الخاص (٢٠٤).

وبهذا المبدأ أفتى قسم الرأي بمجلس الدولة المصري بقوله : "فإذا كانت السلطة التشريعية وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها فإن إرادة الدولة لا تكون حينئذ معيبة فحسب وإنما تكون منعدمة إطلاقا إذ أن أفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع يعتبر منها طغيانا على السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة ، ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا وجود له فسي نظر القانون وإنما هو واقعة مادية بحتة وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار. (٢٠٥)

(٢٠٣) مؤلف أ.د. سليمان الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٣٠٥ وما بعدها

(٢٠٤) جيز في مؤلفه القانون الإداري الجزء الثالث ص ٣١، ٢١، ودي لوبادير المرجع السابق ص ١٤٧.

(٢٠٥) فتوى في ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٥٤ . مجموعة فتاوى المجلس السنة الثامنة ومتصف التاسعة ص ٢٢٦ . وقد استطردت الفتوى تقول : " ... إلا أن هذه الآثار " آثار الانعدام " تقف عند الآثار المستقبلية دون الماضية ، لأن هذه الأخيرة لا يمكن المساس بها تأسيسا على حسن نية الطرف الآخر وعدم مسئولته عن خطأ الدولة . هذا البطلان لا تصححه الإجازة حتى ولو كانت بقانون ، ومن ثم إذا رأت الدولة تبعا لتقديرها إعطاء إحدى الجمعيات قطعة أرض بإيجار إسمي ، فلها أن تصدر قانونا بإبرام عقد جديد مع الجمعية المذكورة .. " ، واعتبرت الفتوى أن هذا المبدأ مبدأ دستوريا لا يسقط بسقوط الدستور . فتواه رقم ٣٦٠ الصادرة في ١٧ يوليو سنة ١٩٥٤ المجموعة السابقة ص ٤٦ وهي فتوى قسم الرأي مجتمعا مجموعة الأستاذ سمير أبو شادي ص ٩٦ والعميد الطماوى المرجع السابق ص ٣٠٨ .

هذا وبصدور الإنن بإبرام عقد الامتياز تستطيع الإدارة التعبير عن إرادتها من خلال طائفة من الإجراءات والمراحل التمهيدية . ونتعرض هنا لدراسة التصريح (أو الإنن) بالتعاقد ، والآثار المترتبة علي إبرام العقد أو التخلف عن إبرامه وذلك في مطلبين هما :

المطلب الأول

" التصريح (أو الإنن) بالتعاقد " .

المطلب الثاني

" آثار إبرام عقد الامتياز أو التخلف عن إبرامه " .

إن إنشاء امتياز المرفق العام يعنى بداءة أن هناك حاجات جماعية بلغت حداً من الأهمية تقتضى تدخل الإدارة لإنشاء مرفق عام ، وبالتالي استخدام وسائل القانون العام ، وينطوي هذا التدخل بطبيعة الحال على قدر كبير من المساس بحقوق الأفراد وحرّياتهم إذا ما عهد لشخص عادى بمهمة إدارة مرفق عام لتحقيق هذه الغاية . ويقتضى الأمر والحال كذلك أن يحاط عقد الامتياز ونظامه الأساسى بقدر كبير من الضمانات والشروط للتأكد من أن هذا المساس له ما يبرره . (٢٠١)

والمسلم في فرنسا أن موافقة الهيئات الحاكمة على إنشاء مرفق عام وإدارته بطريق الامتياز فضلاً عن تقرير القواعد والشروط والأوضاع المتعلقة بتنظيم المرفق وتسييره ابتداءً هي بمثابة إجراءات يتم صدورها في مراحل سابقة على اختيار الملتزم وإبرام العقد معه . فالرأي الذي اعتنقه الفقه التقليدي في فرنسا إبان ذلك: أن إنشاء مرفق الامتياز يكون بقانون أو بناءً على قانون .

على أن هذه القاعدة التي غدت تقليدية قُلبت رأساً على عقب بموجب دستور علم ١٩٥٨ (دستور ديغول) وفق خطة جديدة تمثلت في تحديد الأمور التي يتعين أن ينظمها المشرع تفصيلاً ، وتلك التي يجب أن يضع المشرع أسسها العامة (المادة ٣٤ من الدستور) وما عدا ذلك من الأمور يندرج في مجال اللوائح (مادة ٣٧) .

وفي هذا المقام لم تذكر المادة ٣٤ من الدستور أن إنشاء المرافق العامة هي من بين الأمور المخصصة للمجلس التشريعي، والنتيجة المنطقية أن إنشاء مرافق الامتياز أضحت من الموضوعات الإدارية التي تختص بها الإدارة ، وليس للبرلمان أن يتدخل فيها إلا إذا تطلب الأمر الموافقة على اعتمادات مالية جديدة . وفي حالة إلغاء مرفق الامتياز تكون طريقة الإلغاء هي بعينها طريقة الإنشاء ، وذلك يعنى أن مرفق الامتياز الذي أنشئ بقانون لا يمكن إلغاؤه إلا بقانون ، وبالتالي فالمرافق التي أنشئت بناءً على قانون أو بقرار إداري تستطيع الهيئات المختصة التي أنشأتها أن تلغيها بذات أداة إنشائها .

(٢٠١) لمزيد من التفاصيل يراجع مؤلف أستاذنا المعيد المرحوم الدكتور الطماوى في الوجيز المرجع السابق ص ٣٠٠ .

وفي مصر لم ينص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة على كيفية منح الائتزام (أو الامتياز) ، وهل يتم ذلك بمجرد الاتفاق بين الإدارة والملتزم أم لابد من موافقة البرلمان في ضوء صياغة نص المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ وتقضى بأن : " كل للترام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور العامة وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون وإلى زمن محدد " .

وحينذاك اختلف الرأي بصدد عبارة " بقانون " التي وردت بالنص هل يقصد منها صدور قانون في كل حالة يراد فيها منح امتياز كما هو المدلول اللفظي لهذه العبارة أم يكفي بقرارات إدارية : قرار مجلس وزراء أو مجلس مديرية أو مجلس بلدي لا سيما أن المقابل الفرنسي لعبارة بقانون « *Qu'en vertu de la loi* » ترجمتها الدقيقة " بمقتضى القانون " ، وهي تبيح للبرلمان أن يخول الحكومة سلطة منح التزامات مرافق عامة .

فاستقر الرأي في ظل دستور ١٩٢٣ وبعد سقوطه على اشتراط صدور قانون لمنح التزام قومي خاص وقد خلا الدستور المؤقت الصادر في ١٠ فبراير ١٩٥٣ من أي نص يتعلق بذلك . (٢٠٧)

(٢٠٧) نظرا لأهمية الامتياز باعتبار أنه يحول فردا عاما أو شركة الحلول محل السلطات العامة في إدارة مرفق عام واستغلاله ، وغالبا ما يكون ذلك عن طريق الاحتكار القانوني أو الفعلي فقد بات من الضروري إخضاع الملتزم في إدارة المشروع واستغلاله لكافة القواعد الضابطة لسم المرافق العامة من ناحية أخرى فقد أوجب هذا الاعتبار ضرورة تنظيم نوع مسن الرقابة على الإدارة ذاتها في منحها لالتزامات استغلال المرافق العامة لأن بعض شركات الامتياز القوية ، لا سيما إذا تغلغل فيها العنصر الأجنبي تمثل خطرا حقيقيا على مصالح الدولة وسيادتها ومن ثم فقد كان هذا هو الدافع الأساسي وراء صياغة نص المادة ١٣٧ من دستور ١٩٢٣ . وقد اعتقت محكمة القضاء الإداري في مصر وجهة النظر التي تستلزم صدور قانون في كل حالة يراد فيها منح الترام عام (حكمتها بتاريخ ٢٤ يوليو ١٩٥٦ مجموعة السنة العاشرة ص ٣٦٥) وعند سقوط دستور ١٩٢٣ واجتماع السلطين التشريعية والتنفيذية في يد مجلس الوزراء خلال فترة الانتقال وفقا للدستور المؤقت الأول الصادر عام ١٩٥٣ فقد استمر العمل على منح الامتياز بمقتضى قانون خاص يصدر في كل حالة على حده ، بل إن الجمعية العمومية لقسم الرأي بمجلس الدولة أفتت في ١١/٢٨/١٩٥٤ (فتوى رقم ٩٤٤ مجموعة الأستاذ أبو شادي ص ٤٦) بأنه " ولو أن الدستور المؤقت الصادر في ١٠ فبراير ١٩٥٣ قد خلا من النصوص المنظمة لكيفية منح الالتزام باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وبين أن هناك عرفا دستوريا مستقرا يقضى بقيام نوع من الرقابة البرلمانية على السلطة التنفيذية في هذا الخصوص غير أن هذه الرقابة ليست مطلقة بل تقتصر على المرافق القومية الرئيسية والموارد الطبيعية العامة " وأ. د. الطماوى في العقود ص ١١٢ .

ويلاحظ من صياغة الدساتير المصرية في الأعوام ١٩٥٦ ، ١٩٥٨ ، ١٩٦٤ ،

١٩٧١ ما يلي :

للم دستور ١٩٥٦ : نصت المادتين ٩٨ ، ٩٩ على ما يأتي :

مادة ٩٨ : " ينظم القانون القواعد الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة " .

مادة ٩٩ : " لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود " .

وفي مقام التعليق على النصين نجد أن المشرع الدستوري فرق بين حالتين :

الحالة الأولى : حالة كون الالتزام المراد منحه يتضمن احتكارا حينئذ لا يمكن منح الالتزام إلا بموجب قانون وفي كل حالة على حده .

الحالة الثانية : حالة ألا يتضمن الامتياز احتكارا وقد أحال الدستور إلى " قانون عام " يصدر بذلك مبينا كيفية منح الامتيازات باستغلال الموارد الطبيعية والمرافق العامة ، ويكون منح الامتياز بقرار إداري (قرار جمهوري) وهذا الاتجاه يتميز بتبسيط الإجراءات والابتعاد عن البطء باستصدار قانون بخصوص كل امتياز على حده .

للم دستور ١٩٥٨ (المؤقت) نصت المادة ٣٠ منه على أنه " لا يجوز منح احتكار إلا بقانون وإلى زمن محدود " ، ثم صدر القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ ونص في المادة الأولى منه على أنه " يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة ، وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإتاحة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ، ويكون تعديل ما عدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص " .

وقد أضاف المشرع فقرة ثالثة إلى هذا القانون بالقانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٦٠ نصها ما يلي : " على أنه بالنسبة إلى موارد الثروة المائية ومناطق صيد الطيور التابعة لوزارة الحربية يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمارها وتعديل شروطها بقرار من وزير الحربية إذا لم تجاوز مدة الامتياز خمس سنوات " . (٢٠٨)

(٢٠٨) جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون (١٥٢ لسنة ١٩٦٠) أن إعمال حكم القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ على

إطلاقه بالنسبة إلى الثروة المائية ومناطق صيد الطيور سيؤدي إلى عدم إمكان تأجيرها في الوقت المناسب لأن المناطق =

وإنه بمقتضى ذلك يتعين منح الاحتكارات بقانون ومنح الامتيازات التي لا تتضمن احتكارا بقرارات جمهورية بشرط موافقة مجلس الأمة مقدما .

لـ دستوري ١٩٦٤ ، ١٩٧١ : تنص المادة ٧٤ من دستور ١٩٦٤ والمادة ١٢٣ من دستور ١٩٧١ على أنه: " ينظم القانون القواعد الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة . . . إلخ .

ونظرا لعدم صدور القانون المشار إليه في المادتين السابقتين لذا فإن القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ (المعدل) هو الذي ينطبق في هذا الخصوص ، ومن ثم يكون منح الالتزامات بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب .

= التابعة لوزارة الحربية تزيد على مائة وخمسين منطقة يتراوح إيجارها السنوي بين ثلاثة جنيهات وعشرين ألف جنيه ، ومنها ما يؤجر موسميًا لبضعة أشهر . لذلك رُؤي تسيرًا لاستغلال هذه المناطق تعديل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بحيث يكون منح امتيازها بقرار من وزير الحربية إذا لم تتجاوز مدة الامتياز خمس سنوات " يراجع في هذا الصدد مؤلف أستاذنا الدكتور الطماوى في العقود . المرجع السابق ص ١١٦

" آثار إبرام عقد الامتياز أو الخلف عن إبرامه "

* الآثار المترتبة على إبرام العقد : يسبق إبرام معظم العقود الإدارية مقدمات ومراحل تمهيدية ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٢٣ ديسمبر ١٩٥٦ :

" أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة غالبا ما يتم في شكل عملية مركبة متشعبة ، وقد يكون على مراحل متعددة في فترات متلاحقة على حسب الأحوال وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيئ لمولد ذلك التصرف الذي قد تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد وتكون مكملة له مستهدفة أعمال أحكامه وتطبيق بنوده وطبيعته أن يكون العقد الإداري مسبقا في العمل بمرحله تحضيرية تدور خلالها المباحثات والمفاوضات ، وهذا التبادل لوجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد لا يمكن أن يولد في حد ذاته رابطته "تعاقدية" بل وحتى عبارات القبول المؤقت التي تصدر من بعض الموظفين الإداريين ممن ليست لهم ولاية الإبرام ويكون قد نبط بهم إجراء تلك المفاوضات لا يمكن أن تنشأ عنها رابطته عقدية " .

ويتربط على القاعدة السابقة فإن التزامات الإدارة العقدية لا تترتب إلا ابتداءً من تاريخ القرار الصادر بإبرام العقد ، فإذا تم التعاقد عن طريق مناقصة أو مزايادة عامة ، فإن المتناقص يظل ملتزماً بعطائه طوال المدة المقررة للبت في المناقصة فلا يستطيع أن يرجع في ذلك العطاء خلال هذه المدة.

وإذا كان الأصل أن مقدمات التعاقد التي تسبق عملية التوقيع من السلطة المختصة لا أثر لها ، فإن ذلك لا يعنى عدم احتواء القانون الإداري على فكرة (الوعد بالتعاقد) المعروفة في القانون الخاص « *Les Promesses ou Avant Contrats* » فالإدارة كما هو الشأن بالنسبة إلى الأفراد قد تدعوها الحاجة إلى إبرام اتفاقات وعد بالتعاقد إذا توافرت ظروف معينة ، وحينئذ يكون هذا الاتفاق عقداً مستقلاً وملزماً

متى استوفي الشروط اللازمة لقيام العقد وسلامته ، ويتعين حتى يغدو ملزماً للإدارة أن يتوافر في الوعد بالتعاقد الشروط الآتية:

(١) يجب أن يكون ثمة التزام قاطع بالتعاقد « *Un Engagement Définitif* » وليس مجرد مشاورات مبدئية « *De Simples Pour parler* » . (٢٠٩)

(٢) ألا يكون إبرام العقد النهائي قد علق على شروط لم تتحقق عملاً . (٢١٠)

(٣) يجب أن يكون الوعد قد صدر من الإدارة المختصة بإبرام العقد النهائي .

(٤) ومن المسلم أن نفاذ العقد يبدأ من تاريخ توقيع السلطة المختصة على العقد ويرجع إلي هذا التاريخ للحكم على مدى سلامة هذا العقد ، ومنه تبدأ المدد المحددة للطرف الآخر لتنفيذ التزاماته التعاقدية .

* آثار التخلف عن إبرام العقد: تملك الإدارة سلطة تقديرية في إبرام عقودها فحتى لحظة توقيع العقد تستطيع الإدارة أن تمتنع عن التوقيع إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضي ذلك فاختيار لجنة البت لأحد المتناقصين لا يلزم الإدارة بالتعاقد ، وبذلك فإن عدم التوقيع على العقد من السلطة المختصة يجعل الرابطة العقدية معدومة مهما سبقها من مقدمات ما لم يكن قد تم بينهما وعد بالتعاقد .

ولا يعنى انعدام الرابطة العقدية حرمان الشخص من التعويض عن الأضرار التي تلحقه من جراء نكول الإدارة عن التعاقد استناداً إلي أحد أساسين :

(١) إما على أساس الخطأ: إذا ثبت أن امتناع الإدارة قد انطوى على خطأ ومثال ذلك أمام القضاء الإداري أن يتعجل العمدة " *Maires* " فيأمر أحد الأفراد بالبدا في تنفيذ عقد قبل أن يصدر المجلس قراره الخاص بالتعاقد سواء عن إهمال أو كان مصطبغاً بصيغة العد عن طريق الإيعاز إلي جهة الوصاية بعدم الموافقة على التعاقد.

(٢) وإما على أساس الإثراء بلا سبب : إذا بدأ المتعاقد في تنفيذ عقده قبل أن توقعه الإدارة . ويجرى قضاء مجلس الدولة على تعويض المتعاقد بشرطين :

الأول : أن تكون الأعمال التي نفذها المتعاقد قد عادت بفائدة حقيقية على الإدارة.

(٢٠٩) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٤ مارس ١٩٢٢ في قضية *Borda* المجموعة ص ٢٤٨ ، ٢ فبراير ١٩٤٠

في قضية *Consorts Ducos* ص ٤٢ ، ٨ مارس ١٩٥٠ في قضية *Merlin* ص ١٤٨ .

(٢١٠) حكم المجلس الصادر في ١٣ يوليو ١٩٢٢ في قضية *Henry* المجموعة ص ٦٠٩ .

الثاني: أن تكون الإدارة قد قبلت تنفيذ تلك الأعمال على الأقل بطريقة ضمنية فإذا كانت الإدارة قد عارضت في تنفيذ تلك الأعمال أو أنذرت المتعاقد بأنه يتصرف على مسؤوليته فإن مجلس الدولة يرفض الحكم بالتعويض. (٢١١)

(٢١١) أستاذنا الدكتور الطماوى المرجع السابق في العقود والأحكام مشار إليها فيه ص ٣٣١ وما بعدها.

الفصل الثاني " كيفية اختيار المتعاقد في ظل نظام الـ B.O.T "

تقديم وتقسيم :

تقوم الإدارة باختيار المتعاقد في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T طبقاً لقواعد وإجراءات تتراوح ما بين الخضوع لقانون خاص، وبين اتباع أحكام قانون المناقصات والمزايدات كلها أو بعضها حسبما تتطلبه طبيعة التعاقد وموافقة السلطة المختصة .
فالقوانين والقرارات الصادرة بشأن نظام امتياز الـ B.O.T تنصب بصفة أساسية على تحديد الجهة الإدارية المختصة وبيان حقها في الإشراف والرقابة والتوجيه لدى إنشاء المرفق، وأثناء إدارته وصيانته وحق الإدارة في مراجعة أسعار أداء الخدمات وتعديلها ، وما يؤول من حصيلتها للملتزم ، وما يخص منها للصيانة الدورية حتى يعود المرفق إلى الجهة الإدارية في حالة صالحة لتشغيله بعد نهاية مدته وانتقال ملكيته للدولة .

وحيث يرى في بعض الأحوال منح الملتزم مزايا وحوافز وإعفاءات، فإنه يتم إثبات ذلك في نصوص عقد الامتياز وفي قرار مجلس الوزراء الصادر بمنح الالتزام وذلك استثناءً من بعض القوانين القائمة مثل قوانين الضرائب والجمارك والاستيراد والتصدير والنقد والشركات ، والحماية من إجراءات التأمين وحجز الممتلكات وغيرها إعمالاً للقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار وكل ذلك بهدف تمكين الملتزم من استغلال المرفق وأداء الخدمات للمواطنين على الوجه الأكمل تحقيقاً للصالح العام .

وبصفة عامة يتم اختيار الملتزم باتباع إحدى طرق الدعوة إلى التعاقد وفق قانون المناقصات والمزايدات ٨٩ لسنة ١٩٩٨ سواء عن طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة أو المناقصة المحدودة أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر حسبما تحدده السلطة المختصة^(٢١٢) وفق ظروف وطبيعة التعاقد حيث تسري أحكام

^(٢١٢) تنص المادة الثانية من القانون بأنه : " يقصد بالسلطة المختصة في تنفيذ أحكام القانون المرافق الوزير ومن له سلطاته أو محافظ أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة كل في مجال اختصاصه " أما السلطة المختصة لعقود الامتياز بنظام الـ B.O.T فهي مجلس الوزراء طبقاً للقوانين ١٠٠ و ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ٢٢ لسنة ١٩٩٨

هذا القانون طبقاً للمادة الأولى من قانون الإصدار على جميع وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح عامه وأجهزة لها ميزانيات خاصة وعلى وحدات الإدارة المحلية وعلى الهيئات العامة خدمية كانت أو اقتصادية .

وبالنسبة لعقد امتياز الـ *B.O.T* يعد قانون المناقصات والمزايدات في نظرنا هو الشريعة العامة التي تتبع فيما لم يرد في شأنه نص خاص ، فإذا ما وجد هذا النص الخاص، فإنه يطبق وفقاً للقاعدة المسلم بها من أن الخاص يقيد العام .

فالهدف من قواعد اختيار المتعاقد في عقد امتياز الـ *B.O.T* هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض من الناحيتين الفنية والمالية ، وأكفاً المتقدمين لإنشاء المرفق وإدارته وصيانتها ، ويتحقق ذلك كله من خلال تطبيق مبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة وفق ما تنبئ به أحكام المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات. (٢١٣)

والقوانين أرقام ١٠ و ٢٣٩ لسنة ١٩٩٦ ، ورقم ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ورقم ٢٢ لسنة ١٩٩٨ الصادرة في شأن من التزامات المرافق العامة قد جاءت خالية من ثمة إشارة إلى عدم تطبيق أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات كلها أو بعضها على عقود الامتياز الصادرة بنظام الـ *B.O.T* على غرار ما ورد في نصوص هذه القوانين من أحكام تقضي بعدم التقيد بأحكام كل من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدل بالقانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ بشأن امتياز المرافق العامة ، والقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ المعدل بالقانون رقم ٢٠٩ لسنة ١٩٩١ بشأن رسوم الطيران.

ويطبق أحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بشأن ضمانات وحوافز الاستثمار استثناء من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة.

ذلك مما يؤكد بأن قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ هو القانون الواجب التطبيق في عقود امتياز الـ *B.O.T* طالما لم يرد نص يقضي بعدم التقيد بأحكامه مثل ما جري عليه الحال بالنسبة للقوانين سالفة البيان .

(٢١٣) هذه المبادئ الأربعة تكون ركن الشريعة في العقود الإدارية بصفة عامة ، ومن بينها عقد التزام المرافق العامة ، وبالتالي فإن الإخلال بما هو المدخل لرقابة المشروعية التي يسطها مجلس الدولة على العقود الإدارية بحيث إذا اختلف أحداهما كان تصرف الإدارة في ذلك غير مشروع ، وبات لكل ذي مصلحة حالة ومباشرة أن يطعن بإلغاء تصرفها

وتقول أ.د. سعاد الشرقاوي في هذا الصدد : " أنه يتعين الرجوع إلى القوانين واللوائح السارية المفعول أثناء إبرام العقد ، كما يجب الرجوع إلى اللوائح التنفيذية سواء اللاحقة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات أو القوانين واللوائح التي تنظم إجراءات التعاقد في مجال معين كالكهرباء والطاقة والبتروك والاتصالات .. الخ والتي قد تحدد في كراسة شروط تلحق بالعقد ، ويظل الأساس لكل عقد إداري أو عقد خاص تديره الإدارة هو قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية " (٢١٤)

ويسري جانب من الفقه أن عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T* تبرم عن طريق اللجوء إلى أسلوب المناقصة المحدودة ، حيث تعطن الإدارة عن العملية التعاقدية ، وتبين في طلبات العروض ماهية المرفق محل التعاقد وأبعاده التقنية والاقتصادية والقانونية ، وتتلقى عروضاً أولية محتوية على سوابق خبرة في تشييد وإدارة مرافق مشابهة أو قريبة منها ، وتخضع هذه العروض لفحص الإدارة والتي عليها إعداد القائمة المختصرة بأسماء المستثمرين القادرين فعلاً على المنافسة ، وغالباً ما تقوم عدة شركات بالتعاون فيما بينها من أجل تقديم عطاء مشترك فيما يعرف باتحاد الشراكة كونسرتيوم *Consortium* . (٢١٥)

(٢١٤) انظر مؤلف الذكورة / سعاد الشرقاوي في العقود المرجع السابق ص ٣٥٣ .

(٢١٥) رسالة د. مهند مختار نوح ص ٦١٨ ، ود. محمد الجلاي " نحو بناء نظام استخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل " ٢٠٠٠ هـ عينة عين شمس ص ٢٣ ، وأ.د. محمد بلران " نحو آفاق جديدة للخصخصة " بحث بدون تاريخ وغير منشور .

* *Gaudemet Y. & Stirn B. & Rolin R. & Etealra Th.D. « Les grands avis du conseil d'etat » 1997 Dalloz P684.*

يجوز في مصر منح تفويضات مرفق عام بمقتضى ترخيص (قرار) ، مثال الترخيص الممنوح للشركة المصرية لخدمات التليفون المحمول لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات ، انظر أ.د. محمد عبد اللطيف " الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة الاقتصادية " ٢٠٠٠ دار النهضة العربية بالقاهرة

الكونسورتيوم: عبارة عن اتفاق بين أشخاص طبيعية أو معنوية محلية أو أجنبية يتضمن التزامات كل جانب في تنفيذ مشروع معين لمدة محددة من أجل تحقيق الربح دون أن ينشأ عن هذا العقد كيان ذاتي أو شخصية قانونية مستقلة فالمسألة الجوهرية في الكونسرتيوم تتمثل في كونه اتفاقاً لا ينشأ عنه تكوين شركة لها الشخصية القانونية ، بل هو تجمع اتفاقي ليس له شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء . وتعدد أهداف اللجوء إلى إنشاء الكونسرتيوم . فقد يكون الهدف من إنشائه التقدم بعطاء مشترك أو تنفيذ مشروع أو مشروعات معينة إن رسا عليهم العطاء مع التقيد بقواعد القانون الخاصة بالشركات ، وبما يؤدي إلى توزيع المخاطر الاقتصادية للمشروع فيما بينهم . =

والجدير بالذكر في هذا المقام أن المشرع - تحسباً لما قد يطرأ لدى بعض الجهات من ضرورات يتعذر معها الالتزام ببعض أحكام القانون - أجاز لرئيس مجلس الوزراء - في حالات الضرورة ولا اعتبارات يقدرها - أن يصرح لجهة بعينها بالتعاقد وفقاً للشروط والقواعد التي يحددها، وفق أحكام المادة الثامنة من القانون. (٢١١)

ورغم ذلك فقد تبين لنا في مجال التطبيق العملي بشأن اختيار المتعاقد من واقع الأوراق المقدمة في مؤتمر الـ B.O.T. أن الإدارة اتخذت إجراءات للدعوة بطلب التأهيل وطلب العروض في الصحف اليومية واسعة الانتشار في الداخل والخارج فضلاً عن توجيه خطابات موصى عليها بدعوة شركات متخصصة تتوافر فيها شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة سبيلاً لاختيار الملتزم بغرض إتاحة الفرصة الكاملة والمتساوية بدعوة الجميع للدخول في منافسة حرة من أجل الوصول إلى أفضل العروض تحقيقاً للصالح العام ،،، وتنقسم الدراسة في هذا الفصل إلى:

المبحث الأول: " الإجراءات السابقة على التعاقد في عقد امتياز الـ B.O.T. " .

المبحث الثاني: " إعداد وصياغة مشروع عقد امتياز الـ B.O.T. " .

المبحث الثالث: " التصريح بالتعاقد وإبرام عقد امتياز الـ B.O.T. " .

تبرز عيوب الكونسرتيوم في تشابك العلاقات وصعوبة إدارة العقد وتنفيذ المشروع وارتفاع نسبة المخاطر حيث يكون كل شريك ضامناً للآخر . أما عن فوائده فهي تبرز في أنه شكل جديد من أشكال التعاون بين أطراف متعددة يساند بعضها بعضاً ، فهو يحقق التخصص والتكامل بين الأطراف ، الأمر الذي تتطلبه طبيعة العقود الدولية للإنشاءات ، كما يتميز في سرعة الإنشاء حيث لا يتم التقييد بإجراءات إنشاء الشركات ، كما يحقق إطاراً قانونياً مقبولاً لتحقيق المشاركة بين أطراف محليين مع أطراف أجنبية ، وهو بكل هذه المميزات يحقق المعادلة الصعبة في التوفيق بين اعتباري الاستقلال والتوحد والجمع بين مزايا كل منهم وقد اختلف الرأي حول تحديد الطبيعة القانونية للكونسرتيوم فذهب البعض إلى أنه شركة محاصة لأنه يشابه معها في عدم تمعه بالشخصية الاعتبارية ، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنه شركة تضامن واقعية أو فعلية ، ولكن الرأي الراجح هو أن الكونسرتيوم يمثل نوعاً من الضمان الاتفاقي يقدمه أعضاء الكونسرتيوم لرب العمل ، و أ.د. محمد بدران " عقد الإنشاءات في القانون المصري " ص ٤٢ ود. ماجد عمار " النظام القانوني لكونسرتيوم المقاولات " ١٩٩٥ مكتب الشلقاني للمحاماة بالقاهرة ص ٥٦ و د. محمد الجلاي ص ٣٣ .

(٢١١) المادة (٨) الفقرة الثانية من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ تنص على : " كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء في حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها لاعتبارات يقدرها ترتبط بطبيعة عمل ونشاط تلك الهيئة بالتعاقد بطريق المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر وفقاً للشروط والقواعد التي يحددها " .

المبحث الأول

" الإجراءات السابقة على التعاقد في عقد امتياز ال B.O.T "

تمهيد وتقسيم :

تتجه الدولة في مجال خطة التنمية الاقتصادية نحو خلق مناطق صناعية وتجارية جديدة في مختلف أنحاء البلاد عن طريق القطاع الخاص بإنشاء مشروعات مرافق البنية الأساسية من مياه وصرف صحي وطرق ومواني ومطارات .. الخ . كما توالي الدولة تباعا قدرا كبيرا من الاهتمام بسن التشريعات المنظمة والمشجعة للاستثمار المحلي والعربي والأجنبي في مجال نظام امتياز ال B.O.T باعتباره أحد البدائل، والذي تعاضد دوره في الآونة الأخيرة.

ويشهد الاقتصاد المصري تحولا متناميا نحو الاقتصاد الحر بهدف حمل مسئولية النهوض بسد احتياجات المواطن وتنمية النشاط التصديري للمنتجات والخدمات وفق آلية السوق الحر فلن يتأتى دخول ميدان المنافسة إلا من خلال تصميم أفضل وجودة أعلى أو سعر أقل أو كليهما معا .

ومن المشاريع الواعدة التي بدأت الدولة في إقامتها مشروع " المنطقة الصناعية بشمال غرب خليج السويس " إذ التزمت الحكومة بمد هذه المنطقة بمياه الشرب والصرف الصحي والكهرباء ، فكانت نقطة البدء إنشاء مشروع مد هذه المنطقة بالمياه وفق نظام امتياز ال B.O.T .

ولما كانت التكلفة التقديرية لهذا المشروع تبلغ ما يزيد عن المليار جنيه، وليس لوزارة الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية سابقة خبرة في إنشاء مشروعات ال B.O.T فقد رأت الوزارة اختيار إحدى الشركات الاستشارية العاملة في مجال دراسات الجدوى من أجل إعداد دراسة: جدوى المشروع ومستندات طلب العروض ، ومعاونة الوزارة في النهوض بعملية التقييم الفني والمالي للعطاءات ، تمهيدا لتوقيع العقد بنظام امتياز ال B.O.T مع الشركة التي سيتم ترسيه المشروع عليها لتنفيذه .

ويعني مفهوم دراسة جدوى المشروع بأنه " مجموعة الأساليب العلمية المستخدمة في جمع البيانات والمعلومات وتحليلها بهدف التوصل إلى نتائج قاطعة عن مدى صلاحية تنفيذ المشروع موضوع الدراسة من عدمه " .

ومن أهم الخصائص المميزة لدراسة الجدوى :

(١) التعامل مع المستقبل : ومفاد ذلك أن دراسة جدوى المشروع تمثل تقديرات تتطوي في ذاتها على احتمالات مطابقتها للواقع أو الانحراف عنه ، فتنفيذ المشروع المقترح يتم بغرض تشغيله لسنوات مقبلة وهو أمر يفرض اهتماما متزايدا بمراعاة الدقة التامة في التقديرات .

(٢) ترابط المراحل : ويعني ذلك ضرورة إعداد دراسة الجدوى بدقة بالغة طبقا للمراحل والخطوات المتتابعة حيث تعتمد كل منها على النتائج الإيجابية لسابقتها بما تمثله من مدخلات مباشرة للمرحلة التالية .

(٣) أهمية عنصر الزمن : ذلك أن إطالة الفترة الزمنية الواقعة بين الانتهاء من دراسة الجدوى والحصول على موافقة جهات الاختصاص بإنشاء المشروع ، وبين بداية التنفيذ الفعلي له يعد انعكاسا سلبيا يتمثل في اتساع الفجوة بين محتويات الدراسة ونتائجها وما يحدث في الواقع العملي .

ويعتمد تقييم مدى صلاحية تنفيذ المشروع في دراسة الجدوى على أسلوب (المنفعة - التكلفة) « *Cost-Benefit Analysis* » والذي يتميز بترجمة الفوائد والتكاليف المباشرة وغير المباشرة الملموسة وغير الملموسة لتحديد صافي الربحية الاقتصادية الناتجة عن المشروع الجديد ، لما لذلك من أثر كبير في إقراره في ضوء ما سوف يحققه المشروع من أهداف الدولة الرئيسية المتمثلة في زيادة الدخل القومي وتحسين ميزان المدفوعات ، وخلق فرص عمالة وكوادر فنية ، وزيادة نسبة التصنيع المحلي ، وزيادة حجم المدخرات القومية . (٢١٧)

^(٢١٧) أنظر مؤلف الدكتور نبيل عبد السلام شاكر " إعداد دراسات الجدوى وتقييم المشروعات الجديدة " الطبعة الثانية ١٩٩٨ ص ١٦ وما بعدها ، ومؤلف د/محمد صالح الحناوي " دراسات جدوى المشروع ودليل تقييم الأعمال الجديدة " الدار المصرية الحديثة الطبعة الأولى ص ٥٥ وما بعدها ١٩٨٠ ، ومؤلف د/أويس عطوة الزنط " أسس تقييم المشروعات ودراسات الجدوى " المكتبة الأكاديمية القاهرة ١٩٩٢ ص ١٧٢ وما بعدها .

وفى هذا الصدد تقضى أحكام قانون حماية شئون البيئة رقم ٤ لسنة ١٩٩٤ بإجراء دراسات لتقييم الأثر البيئي للمشروعات الجديدة أو التوسعات أو لمشروعات الإحلال والتجديد من أجل الحصول على تراخيص لبدء النشاط ، وبهذه المثابة يعد الترخيص من أهم أدوات الإدارة البيئية وأكثرها فاعلية في مجال تحقيق " التنمية المستدامة" *Sustainable Development* هذا في ضوء القدرة المالية والفنية الكافية لاقتناء وتشغيل المعدات المتقدمة ، ودون القفز فوق ضرورات الواقع ومحدداته أي اختيار "أفضل للتكنولوجيات المتاحة التي لا تتطوي على كلفة مفرطة" حتى يتسنى الوصول بالإنتاج إلى " المستوى الأنظف" *Cleaner Production* وذلك من خلال التطبيق المستمر لاستراتيجية وقائية متكاملة لعمليات الإنتاج للإقلال من المخاطر على الإنسان والبيئة. (٢١٨)

والأمر هنا يحتاج إلى منهجية جديدة لحساب (المنفعة - البيئة) عند إجراء دراسات الجدوى الاقتصادية للمشروع ، بمراعاة خصم قيمة الموارد المستهلكة وتكلفة إصلاح الأضرار البيئية الناتجة عند التشغيل ، وصولاً إلى حقيقة حساب الناتج الإجمالي للمشروع - بمعنى ألا تقتصر دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع ابتداءً على الأسلوب التقليدي القائم على أساس حساب (المنفعة - التكلفة) بل يتعين أن تشمل الدراسة تفسير حساب تكلفة البيئة .

ويقتضي منهج التنمية المستدامة مراعاة الأبعاد الاقتصادية والصناعية والبيئية ، بتنفيذ ما تتضمنه النصوص والأحكام من شروط وضمانات ومتطلبات لحماية البيئة والثروات الطبيعية من التلوث ، ويصير تحقيق ذلك باستخدام الأدوات والمعدات والوسائل الفنية المبتكرة في مشروعات الامتياز بنظام الـ *B.O.T* عند إنشائها وتشغيلها على أن يكون صدور قرار منح الامتياز من مجلس الوزراء مقترناً بتوافر الشروط والضمانات اللازمة لهذا الغرض ، ويتعين على البنوك الاهتمام بتوافر

(٢١٨) تعني التنمية المستدامة بأنها " عملية يتناغم فيها استغلال الموارد وتوجهات الاستثمار ، ومناحي التنمية التكنولوجية للوفاء باحتياجات الإنسان وتطلعاته" النظر مؤلف "اتجاهات حديثة في التنمية- الناشر الدار الجامعية بالإسكندرية د. عبد القادر محمد عطية لسنة ٢٠٠٠ ص ١٦ وما بعدها ، وانظر سلسلة المعرفة العدد ٢٨٥ - سبتمبر ٢٠٠٢ كتاب " البيئة وقضايا التنمية والتصنيع" د. أسامة الخولي ص ١١٥ وما بعدها.

الوسائل الكفيلة بحماية شئون البيئة لدى منح الائتمان لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T. أو المساهمة في رأس مالها^(٢١٩).

ومن واقع تجربة وزارة الإسكان في اختيار المتعاقد بنظام الـ B.O.T. وأيضا من خلال أبحاث دراسات الجدوى بالمراجع المتخصصة في هذا المجال^(٢٢٠) نعرض في مطالب ثلاثة موجزا للإجراءات السابقة على التعاقد فيما يلي:

المطلب الأول

" إعداد دراسات الجدوى "

المطلب الثاني

" طلب التأهيل وطلب تقديم العروض . "

المطلب الثالث

" مرحلة تقييم العطاءات واختيار أفضل العروض . "

(^{٢١٩}) ولزبد من التفاصيل في مجال إنشاء مشروعات الصرف الصحي ، والمياه النقية ، وجمع القمامة ، والنفايات ، وتدوير وصناعة مخلفات البيئة بكافة أنواعها انظر د. أسامه الخولى المرجع السابق ص ١٦٩ وما بعدها.

(^{٢٢٠}) انظر المراجع السابقة ، وكذلك ورقة العمل المقدمة في المؤتمر الدولي لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T. المنعقد في القاهرة في ٢٧/٢٨ يناير ٢٠٠١ عن تجربة وزارة الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية في مجال مشروعات المياه-إعداد الدكتور بيلي حسن البيلي.

المطلب الأول

إعداد دراسات الجدوى

- ينصب الاهتمام في إعداد دراسة الجدوى المبدئية بالتعرف على دوره حياة المشروع ، وضمان اختياره على أسس علمية باتباع الخطوات الآتية :
- (١) تحديد المشروع والغرض منه والفوائد الناجمة عن تنفيذه وأثره على المنطقة والتوسعات المستقبلية ، واختيار التكنولوجيا الملائمة لطبيعته ، وتحديد درجة ملائمة المرافق ومشروعات البنية الأساسية لإنشاء المشروع وتشغيله .
 - (٢) اختيار الموقع المناسب للمشروع بما يعود بالفائدة المباشرة على المنتفعين، وعلى الشركة صاحبة المشروع، وبيان عوامل الإنتاج المختلفة التي تمثل مجموعة المدخلات، ومدى توافرها بالحجم وفي الوقت المناسب مع تحديد نسبة مساهمة التصنيع المحلي في المشروع .
 - (٣) دراسة التكاليف المبدئية للمشروع بما في ذلك الأرض والمعدات والآلات والبنية الأساسية والاستثمارية اللازمة له .
 - (٤) التنبؤ بالتعريفات المتوقعة للخدمة بما لا يمثل عبئا على دخل المستهلك العادي بمراعاة البعد الاجتماعي والسياسي حسب طبيعة الخدمة ومدى حساسيتها لجمهور المستهلكين ، ودراسة بنود اتفاقية ضمان سداد مقابل الحد الأدنى للاستهلاك من الطاقة الإنتاجية للمشروع لتعويض شركة الـ B.O.T عما استثمرته من أموال طائلة في إنشاء المشروع إلى حين تعمير المنطقة بجماهير المنتفعين من خدماته ، كما تتضمن الدراسة ما يتوقع من تطور تكنولوجي بحيث يمكن التحكم في مقدار الضمان ومداه فقد يخفى معه التزام الدولة بتقديم هذا الضمان مستقبلا .
 - (٥) تحديد الموافقات الحكومية وبيان التراخيص والتصاريح من الأجهزة المحلية التي يقع المشروع في نطاق اختصاصها ودور الجهة الماتحة في سرعة الحصول على

هذه التراخيص في ضوء أحكام المادة ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات. (٢٢١)

٦) إعداد خريطة مساحية لأرض المشروع من واقع الخريطة المساحية لأراضي الدولة والمخصصة لغرض الاستثمار في مشروعات الـ *B.O.T.* بمراعاة خلوها من الموانع القانونية مع إتاحة الفرصة للمستثمرين لاختبار صلاحية الأرض المخصصة لإقامة المشروع.

هذا وبعد الانتهاء من دراسة الجدوى المبدئية ، ثم قبولها من جانب أجهزة الدولة المختصة تم إجراء دراسة الجدوى النهائية ، والتي تكون دراسة التكاليف الاستثمارية فيها أكثر دقة وتفصيلا ، حيث بلغت التكلفة الكلية للمشروع حوالي ١٠٠٩ ملايين جنيه، فحدث تعديل هيكل المشروع ليكون وفق صيغة *B.O.O.T* المشتقة من نظام الـ *B.O.T.* .

هذا وتطلب صيغة *B.O.O.T* التزام الجهة المانحة بضمان الحصول على نسبة استهلاك قدرها ٦٠% من طاقة المحطات. (٢٢٢)

(٢٢١) قرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات والنشورة بالوقائع المصرية العدد ٢٠١ تابع في ١٩٩٨/٩/٦ .

(٢٢٢) *B.O.O.T.* وتعني الإنشاء ، التملك ، التشغيل ، ونقل الملكية ، حيث يحصل الملتزم على عائد المشروع كاملا طوال مدته فضلا عن بعض الضمانات الأخرى.

أولاً: طلب التأهيل :

يعتمد نجاح المشروع بنظام امتياز الـ B.O.T على مرحلة التأهيل - أي مرحلة ما قبل إسناد العطاء للشركة المرشحة لتنفيذ المشروع . فلا يصح الإسناد بناءً على حكم اختياري أو نتيجة ضغوط خارجية فالشفاقة والمصادقة والمعاملة المتساوية . تعتبر العامل الأول في جذب الاستثمارات الأجنبية في مجال تنفيذ مشروعات البنية الأساسية ، ويعد التأهيل من الأمور الأساسية والهامة لضمان استبعاد الشركات غير الجادة، واختيار الأشخاص القادرة على النهوض بأعباء ومسؤوليات تمويل المشروع على أكمل وجه طوال مدة الامتياز .

وتم في ضوء ذلك نشر إعلان طلب التأهيل للشركات المتخصصة في صحيفتي الأهرام والأخبار بتاريخ ٢٧-٢٨ مايو ١٩٩٨ حيث قامت ٤٠ شركة محلية وعالمية بسحب كراسة التقدم للتأهيل للمشروع ، وفي المهلة المحددة تقدمت ١٩ شركة محلية وعالمية بمستندات التأهيل .

وقد اتخذت معايير اختيار الشركات المؤهلة حسب الأسس التالية :

- (أ) حجم الأعمال ودورة رأس المال بما لا يقل عن ١٠٠ مليون \$ لمدة ١٠ سنوات.
- (ب) الخبرة في أعمال سابقة ذات طبيعة ونوعية المشروع المقترح .
- (ج) حجم الأعمال التي تقوم الشركة بتنفيذها حالياً والمُسندة إليها مستقبلاً .
- (د) الخبرة في مشاريع المياه أو غيرها يزيد حجم الأعمال فيها عن ٥٠ مليون \$.
- (هـ) حجم و قدرة الطاقة البشرية وسابقة الخبرة لطاغم العمل المقترح للمشروع.
- (و) مقدرة الشركة من ناحية عدد وسعة المعدات ونوعيتها ، وما هو متاح منها للعمل في تنفيذ المشروع .

(ز) إرفاق صور الميزانيات المالية للشركة عن مدة ٣ سنوات سابقة .

وتم توزيع درجات التقييم للبنود السابقة في التأهيل ليكون مجموعها ١٠٠ درجة على أن يكون الحد الأدنى للقبول ٧٥ درجة ، وبعد دراسة المستندات المقدمة تم

تأهيل ١٥ شركة محلية وعالمية لسحب مستندات العطاء بالتطبيق لحكم المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات. (٢٢٣)

ثانياً: طلب تقديم العروض:

أسلوب الدعوة إلى التعاقد : « *L'appel d'offres* »

يسمح هذا الأسلوب بقدر كبير من الحرية للإدارة في اختيار أفضل العروض دون التقيد بمنهج الآلية الذي يحكم المناقصات العامة ، وتتولى الإدارة إعداد كافة المستندات والنماذج للنواحي الفنية والمالية والإدارية للمشروع المراد إنجازه، مع تجسيدها في صياغة قانونية وفق بنود وشروط وعناصر وأحكام وتضمنين كل ذلك في أوراق الدعوة بطلب العروض .

وفي الواقع العملي اتخذت الدعوة إلى التعاقد صورتين : (٢٢٤)

الصورة الأولى : الدعوة المفتوحة للتعاقد : *L'Appel d'Offres Ouvret* يتاح بمقتضاها للكافة محليا ودوليا فرصة الاشتراك وتقديم عطاءاتهم من خلال وسائل النشر المختلفة داخليا وخارجيا.

الصورة الثانية : الدعوة المحدودة للتعاقد : وفيها توجه الدعوة للتعاقد إلى شركات معينة بالذات استنادا إلى عنصر الاعتبار الشخصي المتمثل فيما أكتسبه هؤلاء من خبرات واسعة في إنشاء إدارة الأعمال والأنشطة ذات الصلة الوثيقة بمشروع التعاقد ، وكذلك ما يملكونه من تفوق في النواحي الفنية والمالية ، وما يتميزون به من تطور في استخدام وسائل التقنيات الحديثة من الآلات والمعدات بمختلف أنواعها ، والأقل نسبة مساهمة الشركة المنفذة للمشروع ماليا عن ٣٠ % .

وقد كان الإعداد الجيد لمستندات العطاء أهمية كبيرة حيث تضمنت أوراق الدعوة وبنودها كافة المواصفات ومختلف عناصر التقييم والإجراءات الواجبة الإلتباع

(٢٢٣) المادة ٩ " في حالات التعاقد التي تتطلب الطبيعة الفنية فيها تقييم العروض بنظام النقاط . فيجب تضمين عناصر وأسس التقييم بعد اعتمادها من السلطة المختصة . ويجب في هذه الحالة أن يتم تحديد نقاط التقييم والحد الأدنى للقبول الفني واعتمادها من السلطة المختصة قبل فتح المظاريف الفنية " .

(٢٢٤) يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٢١٥ .

وجداول التعريف كما تضمنت الدعوة منح الشركات فترة ٦ شهور لإعداد وتقديم العطاءات خلالها. (٢٢٥)

والحقيقة أن الهدف الأساسي من مستندات العطاء ينصب على بيان المتطلبات الرئيسية في المشروع وتحديد مستوى الأداء ، والتعريف بحقوق والتزامات الشركة والحكومة بالإضافة إلى الشروط الحاكمة للعطاء .

وقد تسلمت الحكومة في نهاية المهلة ستة عطاءات منها أربعة من شركات أجنبية ، وعطّاعين من شركات محلية ، وكل عطاء في مظهرين منفصلين أحدهما للجانب الفني والآخر للجانب المالي .

(٢٢٥) المواصفات الفنية للأعمال المدنية - المواصفات الفنية للأعمال الميكانيكية - المواصفات الفنية لمخطّة المياه - الشروط والمواصفات العامة والتقنية المستخلصة والبديلة مع تحديدها - عقد الامتياز المقترح موضحا به الشروط التعاقدية ، ومن بينها حق الانتفاع بالأرض وحق المرور لخط المواسير والتزامات الحكومة والشركة والتعويضات المقدمة في حالات العجز بالنسبة للأفراد ، ومخاطر تعرض المعدات للتخريب بكافة أنواعها - ترجمة لقانون حوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ - ضرورة ألا تقل نسبة مساهمة الشركة المنفذة للمشروع ماليا عن ٣٠% - ألبوم الرسومات الذي يوضح مسار خط المواسير والمواقع العامة لمكونات المشروع - خطاب الضمان من بنك رسمي معتمد - معايير تسليم أصول المشروع وإجراءات نقل الملكية بعد انتهاء فترة الامتياز .

المطلب الثالث

تقييم المطالبات واختيار أفضل المروض

تتضمن خطة دراسة الجدوى في هذه المرحلة اختيار لجنة خاصة لتقييم جميع المقترحات الفنية ، على أن يتم فتح المظروف الخاص بالمقترح المالي فقط للشركة التي تم قبولها فنيا ، حيث تم الاحتفاظ بالعروض المالية مختومة بالشمع أثناء مراجعة العروض الفنية ، على أن ترسل المظاريف التي لم يرس عليها العطاء مغلقة إلى أصحابها ، ولقد أسهمت هذه الخطة في تقييم العروض حسب المواصفات الفنية المطلوبة وفق العناصر الآتية :

- (١) سابقة الخبرة و القدرات المالية للشركة .
- (٢) الجدول الزمني للتنفيذي المقترح .
- (٣) الجودة العامة للعطاء ومدى تناسق المستندات مع بعضها البعض .
- (٤) التصميم المقترح لمحطة تنقية المياه .
- (٥) التصميم المقترح لـ مأخذ المياه العكرة .
- (٦) تصميم خطوط مواسير المياه العكرة والنقية .
- (٧) تصميم الروافع و اختيار الطلمبات وكافة المهمات الميكانيكية للمشروع .
- (٨) الهيكل التنظيمي المقترح لمراحل التصميم والإشياء .
- (٩) الأسلوب المقترح من الشركة لعمليات التشغيل والصيانة وقطع الغيار .
- (١٠) التحقق من التأمين الابتدائي والنهائي .

هذا وقد تمت عملية التقييم في سرية تامة بنظام النقاط (من صفر: ١٠٠):

الكفاءة الفنية المالية	١٠ نقاط	- الجدول الزمني	٥ نقاط
جودة العطاء	٥ نقاط	- التصميم	٥٥ نقطة
خطة التشغيل	١٥ نقطة	- البناء و المعدات	١٠ نقاط
المجموع الكلي = ١٠٠ نقطة			

وقد حصلت الشركات الست على درجات تتراوح من ٧٦% إلى ٨٦% حيث سبق تحديد نسبة ٧٥% حد أدنى لقبول العرض فنيا ، ولذلك تم فتح المظاريف المالية لهذه

الشركات الست المقبولة في جلسة علنية ، وتم التقييم تبعا لذلك حيث قدمت شركة *nilval S.N.C* الكندية أقل سعر ، فحازت على أفضل العروض ، وأصبحت هي الشركة المرشحة لتنفيذ المشروع .

وبانتهاء عملية تقييم العروض فنيا وماليا وفقا لمبادئ العلانية والمساواة وتكافؤ الفرص والشفافية ، في ظل تنافس شريف أسفر عن اختيار أفضلها ، قامت وزارة الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية بترشيح الشركة صاحبة أفضل العطاءات بموجب مذكرة شاملة تم عرضها على السيد الدكتور رئيس مجلس الوزراء ، حيث أشار سيادته بمدارسة ثلاث نقاط :

- لح نسبة التصنيع و الاستخدام للمكونات من المنتج المحلي .
- لح أسلوب السداد السنوي لقيمة ما يشتري من المياه .
- لح الآثار على موارد النقد الأجنبي .

وبعد أن قامت الوزارة بموافاة المجموعة الوزارية بالرد على هذه النقاط والاستفسارات الخاصة بمدة عقد الامتياز وعلاقتها بمدد تنفيذ المشروعات الفرعية ، وما يجب مراعاته من نقاط عند التفاوض مع الشركة التي سيتم التعاقد معها ، انتهى رأى المجموعة الوزارية إلى أن ما قامت به الوزارة يتمشى مع التوصيات الخاصة بمشروع الـ *B.O.O.T* .^(٢٦) حيث وافق مجلس الوزراء على رأي المجموعة الوزارية على أن يعاد العرض على المجلس بعد انتهاء التفاوض مع الشركة المرشحة للتنفيذ لتحديد الشروط القديمة مع التعديلات التي تمت أثناء التفاوض والاختلاف بينهما والآثار المترتبة عليها ،،، وكانت المرحلة الأولى من المفاوضات بين الطرفين قد بدأت بالتوقيع على النقاط والبنود كما جاء في مشروع عقد الامتياز ومستندات الطرح التي اتفق عليها الطرفان ، وتحددت النقاط محل التفاوض لبدء المرحلة الثانية من المفاوضات .

ونشير في هذا الصدد إلى أن المادة الخامسة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٨٧ تنص على أن : " يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - وحصة الحكومة في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء

^(٢٦) وهذه الصيغة يكون الملزم فيها مالكا لمشروع *B.O.O.T* حتى غاية فترة الامتياز ويحصل على عائدته كاملا فضلا عن الضمانات الأخرى، وهي صيغة مشتقة من نظام الـ *B.O.T*.

على اقتراح الوزير المختص ، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام بغيره دون إذن من مجلس الوزراء".

وبهذه المثابة فإن تقديم اقتراح بالمشروع المراد إنشاؤه بنظام الـ B.O.T. مشروط بإجراء دراسات جدوي اقتصادية متأنية ، وشاملة لمختلف الجوانب الفنية والمالية والاجتماعية والقانونية للمشروع ، سواء في مرحلة التخطيط لإنشاء المشروع ابتداء ، أو في مراحل إجراءات طلب التأهيل ، وتقديم العطاءات ، وفحص وتقييم العروض المقدمة في شأنه ، لاختيار صاحب العطاء الأفضل والتفاوض معه ، تمهيدا لعرض اقتراح الوزير المختص على اللجنة الوزارية ، ومن ثم العرض على مجلس الوزراء لاستصدار قرار منح الامتياز بنظام الـ B.O.T.^(٢٢٧) ، وإتاه بمتابعة المرحلة الثانية من المفاوضات تبين لنا أن الطرفين لم يصلا إلى اتفاق حول حجم الطاقة المنتجة وتوزيعها بأسعار مناسبة لذوي الدخل المحدود .

وهكذا يطول زمن الإجراءات و ينتهي الأمر ، إما إلى صدور قرار منح الامتياز لصاحب العطاء الأفضل أو عدم صدوره ،،~

سبق في مشروع المياه بما صاحبها من وضوح وشفافية ، هو السبيل الآمن والتنفيذ الصحيح لشرط لازم في القانون ، كما يعد دليلا على سلامة قرار منسح الامتياز أو رفضه ، فالإجراءات ليست هدفا في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة غايتها الوصول إلى اتفاق يحمل بين طياته مقومات الرضائية وعوامل القبول بين كل من الإدارة والملتزم

ويبدو ذلك واضحا من خلال حرصهما معا على تأمين عملية إنشاء وتشغيل المرفق ، حتى يؤدي خدماته للمنتفعين به في انتظام واطراد سنين عددا.

(٢٧) وبطبيعة الحال يتولى تلك المهام مجمعة أو مفردة مجموعات متكاملة من ذوي التخصص والكفاءة والخبرة في فحص وتقييم المشروعات كل حسب نوعه وطبيعة نشاطه وذلك وفق أسس وضوابط ومقاييس ومعايير محددة محلية أو عالمية، ويعتمد نجاح المشروعات بنظام الـ *B.O.T.* على مرحلة التأهيل وإعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية بدقة تامة ، وذلك لضمان استبعاد الشركات غير الجادة ، واختيار الأشخاص القادرة على النهوض بأعباء ومسئوليات تمويل إنشاء المشروعات وتشغيلها ، وصيانتها على أكمل وجه طوال مدة الامتياز ، فالإسناد لا يصح بناء على حكم اختياري أو ضغوط خارجية .

وأقول أنه لا وجه لمسايره ثمة اتجاه يرمي إلى تجنب الأحكام الإجرائية في مجال اختيار المتعاقد في عقد الامتياز ، ويكفي ردا عليه أن نعود إلى ذكرى أليمة حين كان منح الامتياز معهودا به إلى إرادة الحاكم وحده ،، ، لأنك بما مقتضاه ضرورة اختيار المتعاقد في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. من خلال معايير وأحكام إجرائية مستمدة من قواعد عامة مجردة تتسم بالانضباط والشفافية والدقة ، وفي إطار زمني كاف وصولا إلى اختيار الأصلح ، وحتى تكون الإجراءات سندا وحماية في مواجهة رياح المنافسة الحرة ، عبر دوائر أسواق المال المفتوحة محليا وعالميا.

المبحث الثاني " إعداد وصياغة مشروع عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T "

تمهيد وتقسيم:

وإذ كان مشروع وزارة الإسكان قد انتهى في مرحلة المفاوضات الثانية إلى عدم اتفاق الطرفين ، ولما كان ذلك كذلك ، فالأمر يقتضي التعرف على تجربة أخرى للهيئة المصرية العامة للطيران المدني في اختيار المتعاقد معها في عقد الامتياز- نستهلها بإبراز أهم البنود التي كانت محور المفاوضات بين هذه الهيئة والملتزم في عقود الامتياز (الثلاثة الأولى) الصادرة في مصر بنظام الـ B.O.T^(٢٢٨) بالتطبيق لأحكام القانون ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول وهي:

- ◀ حقوق والتزامات كل من الهيئة والملتزم (الشركات الثلاثة أصحاب الامتياز)
- ◀ القانون الواجب التطبيق.
- ◀ المجال الرئيسي للنشاط والأنشطة والخدمات الأخرى المساندة .
- ◀ تحويل الحقوق من الملتزم إلى غيره كلياً أو جزئياً .
- ◀ الالتزامات والتعهدات الحكومية.
- ◀ القوة القاهرة ومعناها وانتهاء الامتياز.
- ◀ الأسعار وتحديد زيادتها والتصديق عليها .
- ◀ رقابة الحكومة على تنفيذ وإدارة المشروعات وصيانتها .
- ◀ الإخلال بالعقد والجزاء المترتبة على ذلك و إنهاء الامتياز قبل انتهاء مدته .
- ◀ امتداد الامتياز بعد انتهاء مدته .
- ◀ نقل ملكية المشروع إلى الهيئة .
- ◀ طرق حل المنازعات .
- ◀ الضمانات المالية - ضمانات الأداء - غرامات التأخير .

^(٢٢٨) أنظر ورقه العمل المقدمة في المؤتمر الدولي للمشروعات بنظام الـ B.O.T. المنعقد في القاهرة في ٢٧/٢٨ يناير ٢٠٠١ عن تجربة الهيئة المصرية العامة للطيران المدني في مجال تنفيذ المطارات الثلاثة الصادرة بنظام الـ B.O.T. - إعداد السيد/محمدي موريي نخله .

ومن بين المحاور الأساسية التي يدور التفاوض حولها في عقود امتياز الـ *B.O.T.* بصفة عامة هو التوصل إلى حالة من التوازن الاقتصادي والمالي بين طرفي الرابطة العقدية والتي توصي بها منظمة اليونيدو نوجزها فيما يلي : (٢٢٩)

- ◀ المدة الزمنية التي تكفي لتغطية تكاليف المشروع .
- ◀ طرق سداد تكاليف المشروع واعتماد ذلك على الرسوم.
- ◀ حساب عائد المال المستثمر .
- ◀ زيادة نسبة المشاركة في العائد مقابل مد أجل الامتياز إلى فترة أطول.
- ◀ تحديد المخاطر والضمانات المكفولة .
- ◀ مشكلات التضخم وتحويل العملة وسعر الصرف.

ونلقى الضوء في هذا المبحث على دراسة مراحل المفاوضات وصياغة وإعداد مشروع العقد في مطلب ثلاثي:

المطلب الأول

" مرحلة المفاوضات "

المطلب الثاني

" مرحلة صياغة مشروع العقد "

المطلب الثالث

" مرحلة إعداد مشروع العقد :

^{٢٢٩} (لزيد من التفاصيل انظر مرشد الـ *UNIDO* المرجع السابق ص ٢١ وما بعدها ، وكذلك ص ٢٥٩ وما بعدها .

المطلب الأول

"مرحلة المفاوضات في عقد الامتياز

بنظام الـ "B.O.T."

لاشك أن التفاوض من أجل إبرام العقد حقيقة لا جدال فيها . فهو ركيزة أساسية لمفهوم أو تصور القانون العام للعقد ، وذلك في الإطار الذي تدور فيه مختلف المسائل محل التفاوض ، وقد عبر البروفسير فرايس Henry P. De vries أستاذ القانون بجامعة كولومبيا عن ذلك بقوله : " إن التفاوض هو الارتباط وفقا للمفهوم والتصور الإنجليزي لأي عقد غير موجود " . (٢٣٠)

The idea of bargain fundamental to the English conception of contract is absent "

وتعد مرحلة التفاوض من الوسائل المتبعة في تسهيل عملية التقاء إرادة أطراف التعاقد ، والتوصل إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة للمتفاوضين بالتراضي أو بقبول حلول وسط على أساس من حسن النية المتبادل بين الأطراف ، والرغبة الصادقة في الوصول إلى اتفاق . (٢٣١)

ومن المعلوم أن التفاوض مع بيوت الخبرة العالمية العاملة في مجال نقل التقنيات الحديثة مسألة صعبة وشائكة ذلك أن صاحب المعرفة الفنية غالبا ما يحاط عن طريق طلب ضمانات تكفل له التأكد من المحافظة على سرية المعلومات التي قد يدلى بها في مرحلة التفاوض كوسيلة للترغيب في التعاقد واضعا في الحسبان بأن مرحلة التفاوض قد تنتهي إما بإبرام العقد أو إلى عكس ذلك ، لذا يتغلب المتفاوضون على هذه العقبة بإحدى وسائل ثلاث : إما بطلب تعهد كتابي سابق «Engagement Écrit Préalable» أو تعهد مؤسس على الثقة «Engagement

(٢٣٠) لمزيد من الإيضاح انظر رسالة د / بلال عبد المطلب بدوي المقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٩ بعنوان " مبدأ حسن النية في مرحلة المقارضات قبل التعاقدية " - دراسة مقارنة - ص ٦٤ .

(٢٣١) انظر دكتور / محمد سعيد الخلقاوي : " استراتيجيات و أساليب التفاوض بحث مقدم في الندوة التي نظمتها أكاديمية البحث العلمي في القاهرة ١٩-٢٥ فبراير ١٩٨٦ وانظر د. إبراهيم قادم رسالة دكتوراه من كلية الحقوق جامعة عين شمس عام ٢٠٠٢ ص ٢٥١ وموضوعها " شروط وقيود عقود نقل التكنولوجيا " .

« *Païement Préalable* Basé sur La Confiance أو دفع مبلغ من المال *d'une Somme d'argent* » (٢٣٢).

وبصفة عامة فإن المفاوضات تقوم بدور مرموق في مجال عقود امتياز الـ *B.O.T.* حيث تركز على التبنى الكامل لفكرة الحرية التعاقدية ، بما مقتضاه أن كل أمر قابل للتفاوض . ولقد نتج عن أعمال هذه القواعد آليات قانونية مستجدة وإثراء في الصيغ العقدية.

والمعلوم أن المبادرة لبدء التفاوض تكون من جانب الإدارة وهي تحدد بدقه موضوع المشروع المراد إنجازه ، وتختار إحدى الشركات للدخول معها في مفاوضات حول مختلف عناصر المشروع ، والتي قد تؤدي بدورها إلى إبرام العقد وفقا للشروط والنتائج التي يتمخض عنها التفاوض.

والتفاوض على هذا الوجه يعني تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينه من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف ، وما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه . (٢٣٣)

ومن التعريفات التي أوردها القضاء بشأن الالتزام بمبدأ " حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية " أن : " المقصود بحسن النية بوجه عام أن يبذل كل فرد الجهد المعقول والعناية اللازمة " وبأنها " التزام الفرد بالصدق في أداء التزاماته " وحينذاك يصبح كل طرف على بينة من أمره في ظل مناخ يسوده التعاون والصراحة بما عليه ذلك من وجوب الإفصاح والوضوح ، فيكون كل طرف بصيرا بما يدور حوله فيصدر قراره على الوجه الصحيح. (٢٣٤)

والحقيقة أن للإفصاح والشفافية من جانب الإدارة أثر فعال في زيادة المشروعات الاستثمارية الجديدة ، لأن الإحاطة بالميزات والعقبات التي تواجه المستثمر ، تحقق

(٢٣٢) لمزيد من التفاصيل في هذا الشأن انظر مؤلف الدكتور /عمود الكيلاني " عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا " ١٩٩٥ ص ١٨٧ وما بعدها - وانظر البحث المقدم من المرحوم المستشار /عبد العزيز إسماعيل في ندوة أكاديمية البحث العلمي عام ١٩٨٦ بعنوان " الشروط المجحفة في اتفاقيات نقل التكنولوجيا " .

(٢٣٣) انظر مقال د. حسام الدين الاهواني والمفاوضات في الفترة قبل التعاقدية تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية - معهد قانون الأعمال الدولي - القاهرة ٢-٣ يناير ١٩٩٢ م .

(٢٣٤) لمزيد من الإيضاح انظر رسالة د / بلال عبد المطلب بدوي المرجع السابق ص ٦٥ وما بعدها .

لديه يقينا احتمالات نجاح المشروع من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها كقوانين العمل والتأمينات والشركات وتحويلات الأرباح وتسعير المنتجات والاستيراد والتصدير والضرائب والتأمين ضد المخاطر والقوانين الحاكمة للمرافق العامة .. الخ . وهذا المسلك إنما يعبر عن التزام الإدارة بتنفيذ مقتضيات " مبدأ حسن النية في مرحلة مفاوضات إبرام عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. " بما من شأنه بث روح الثقة والأمان لدى الملتزم ، وهو معاون للإدارة في النهوض بمسئولية تأدية خدمات مرفق الامتياز لجمهور المتفهمين به بانتظام واطراد في الحال والمآل .

وإن الإعداد الجيد في مرحلة المفاوضات بما يسفر عنها من اتفاقات تمهيدية تحمل بين طياتها عوامل توازن المصالح بين الطرفين بما تتضمنه من شروط وضمانات آمنة تحول دون نشوء منازعات بينهما ، فإن ذلك يكون غاية ما تصبو الإدارة إليه في مجال تحقيق النفع العام وهي بصدد إبرام هذا النوع من العقود .

ويحدد مضمون الاتفاقيات التمهيدية شكل المستندات التي يتبادلها الطرفان ومحتواها وذلك في مسميات مختلفة مثل البروتوكول أو مذكرة التفاهم أو خطاب التفاهم "أو خطاب النوايا " *Les lettres intention* " وهو الأكثر استعمالا ، ويطلق هذا المسمى على مستندات بالغة التنوع في فحواها ومضمونها ويقتضي الأمر وضع التكيف القانوني لكل منها خاصة أن الصياغة التي يتم بها خطابات النوايا يظل عليها طابع العمومية وينقصها الدقة التي تتميز بها الصياغة القانونية ذلك مما يجعل مهمة التكيف القانوني والوقوف على نية أطراف التعاقد أمرا عسيرا .

والمفاوضات بصفة عامة هي العود الفقري للفترة ما قبل التعاقد والتي تستمر إلى لحظه صدور قبول يطابق الإيجاب والإيجاب كما عرفته محكمة النقض " هو العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرامه عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد " ، غير أن عقد امتياز الـ B.O.T. ينفرد ببعض السمات والأوضاع الخاصة يتقيد بها فريق التفاوض من الفنيين والقانونيين فتفرض عليهم إتباع الأحكام واللوائح في مرحله التفاوض تمهيدا للموافقة على إبرام العقد من الجهة متاحة الالتزام .

وفي هذا الصدد تقول الدكتورة / سعاد الشرقاوى : " إن إبرام بعض العقود الإدارية يعتبر عملاً شاقاً ويحتاج إلى تضافر جهود قاتونيين ومهندسين وأطباء واقتصاديين ورجال مال والرجوع إلى وثائق وقوانين وطنية ، وإلى وثائق واتفاقيات إقليمية ودولية ، ومن ثم فإن مثل هذه العمليات تحتاج إلى عدة أشهر من العمل المتواصل والإعداد الجيد لإبرام العقد " . (٢٣٥)

وتبدأ مرحله التفاوض بالجانب الفني وبخطة التشغيل والصيانة « *Les négociations Techniques* » ، وفي ضوء احتياجات كل طرف ومدى قدرته في الاستجابة لها تبدأ المفاوضات القانونية "*Les négociations juridiques*" لتحديد شروط التعاقد وأحكامه وإعداد الصياغة القانونية للجواب الفنية لإدراجها ضمن بنود العقد أو ملحقاته في شكل نصوص قانونية. (٢٣٦)

وتتبلور المفاوضات القانونية في الاتفاق على صياغة نصوص قانونية متضمنة مواعيد التنفيذ ومدة العقد وصيانة المعدات والأدوات والضمانات البنكية ومصادر التمويل المالي للمشروع وحدود الغرامات المالية والضمانات القانونية وتحديد القضاء المختص للفصل في المنازعات و بيان القانون الواجب التطبيق .

وبناء على ما تقدم فإن المفاوضات القانونية تحتاج إلى فريق يتمتع بقدره تفاوضية عالية و دراية كافية بالأنشطة المتنوعة محل العقود بنظام الـ *B.O.T.* وبالنظمة القانونية المختلفة ، لهذا يظل توافر الخبرة القانونية في فترة التفاوض أمراً بالغ الأثر في مجال إفراغ شروط وأحكام العقد وملحقاته في صياغة قانونية سليمة حتى يكون العقد متسقاً ومنسجماً مع كافة الوثائق المرتبطة به. (٢٣٧)

(٢٣٥) أنظر مؤلفها العقود الإدارية المرجع السابق ص ٢١٤ .

(٢٣٦) أنظر د. عوض الله شيه الحمد "النظام القانوني لعقود إنشاء المنشآت الصناعية بين الدول والشركات الأجنبية الخاصة. رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة أسيوط ١٩٩٢ ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٢٣٧) في مجال الرشوة والاحتيال كنموذجين للجرائم التي تقع في دائرة إبرام العقود والمنصوص عليها في المواد من ١٠٣ إلى ١١١ من قانون العقوبات المصري انظر مقال الدكتور المستشار / أحمد رفعت خفاجي "رشوة مفاوضي العقود الدولية في التشريع العقابي المصري (العمولات) - مجلة الحماية العدد الأول و الثاني عام ١٩٨٦ ص ٣٨ .

تعريف الصياغة القانونية : (٢٣٨) الصياغة أداة يجرى بمقتضاها نقل التفكير والتعبير عنه بما يقيم تواسلا بين طرفي الرابطة العقدية عن حقيقة المعنى المراد التعبير عنه فإذا ما أفرغت الصياغة وفق الأصول والقواعد القانونية تضاعل أو انعدم احتمال نشوء منازعات بين الطرفين ذلك لحرص رجال الأعمال والمستثمرين على تجنب سلوك طريق التقاضي ولهذا يكون للقائم بأعمال الصياغة القانونية دور فعال ومؤثر من خلال التعرف والتنبؤ بنقاط الخلاف ووأدها أو معالجتها في المهد منذ البداية.

وتتم الصياغة القانونية عن طريق استخدام لغة معينة في الكتابة تعبر عن المعنى المطلوب تحديدا وبدقة تامة وذلك لضمان تطابق الكلمات المختارة في ضوء طبيعتها مع المفاهيم المراد التعبير عنها فهي بالنسبة للمحاسب الأرقام وبالنسبة للكيميائي الرموز ٠٠ الخ ، أما بالنسبة لرجل القانون فهي الكلمة والجملة والمصطلح وعلامات فصل الكلام والعبارات وتطابق الأسماء مع مسمياتها الحقيقية. وبهذه المثابة يتعين اختيار المصطلح القانوني الدقيق فالبطالان أو الانعدام أو الفسخ أو الانقراض أو الاسترداد أو إسقاط الالتزام مثلا كلها تشير إلى زوال العمل القانوني لكن عناصرها تجعل لكل كلمة منها معنى مختلف الأمر الذي يلزم بالصياغة اختيار ما يكون متطابقا والمعنى المراد التعبير عنه بدقة بالغة لاحتواء الموضوع محل الاتفاق من أجل كفالة توازن المصالح بين طرفي العلاقة بحيث لا يترك الأمر للتأويل والتفسير مما يثير خلافا عن حقيقة المعنى المراد بالكلمة أو المصطلح.

والأمر ليس بعدا عن الأذهان فتلك الصياغة التي ورد بها قرار مجلس الأمن رقم ١٩٦٧/٢٤٢ قد أثارت خلافا حول المعنى المقصود منها هل هو الانسحاب من أراض احتلت أم من الأراضي المحتلة .

وبإعمال ما تقدم من قواعد في خصوص الصياغة القانونية لعقد الجراج المقام بمنطقة الدراسة بنظام الـ B.O.T. والموقع بتاريخ ١٨/١١/١٩٩٨ فيما بين محافظة القاهرة (طرف أول) والشركة المصرية للاستثمار العمراني (طرف ثان) فقد ورد

(٢٣٨) انظر مؤلف أ. د. احمد شرف الدين " أصول الصياغة القانونية للمعقد بدون ناشر بدون سنة طبع ص ١٦ .

بعجز البند الثالث من العقد ما نصه : " يقوم الطرف الثاني بإنشاء وتشغيل وإدارة المشروع على نفقته الخاصة مع سداد عائد للمحافظة قدرة ٩٠ مليون جنيه ، وذلك عن مدة انتفاع قدرها ٢٥ سنة على أن يؤول ملكية المشروع إلى المحافظة بعد انتهاء مدة الانتفاع " .

ثم ورد في البند السابع عشر من العقد ما نصه : " مع مراعاة شروط وأحكام هذا العقد يعتبر المشروع بمجرد إقامته مملوكا للطرف الأول ومحملا بحق الانتفاع للطرف الثاني طوال مدة الانتفاع على أن يؤول حق الانتفاع للطرف الأول في نهاية المدة ، ويحل محل الطرف الثاني في كافة حقوقه . (٢٣٩)

ونشير في هذا الصدد إلى ملاحظتين :

- ١) وجود تناقض ظاهر في الصياغة ينعكس أثرها على تكييف طبيعة العقد فالصياغة في البند الثالث تتفق ونظام الـ *B.O.T.* حيث جاءت كلماته متطابقة مع المعنى المراد منها ، بما لا يثير خلافا بين طرفي الرابطة العقدية ، أما الصياغة في البند ١٧ فإنها قد تتفق ونظام الـ *B.L.T.* (الإنشاء والتأجير ونقل الملكية) ولا تتفق ونظام الـ *B.O.T.* (الإنشاء والتشغيل ونقل الملكية) ذلك مما يثير خلافا يفضي إلى المنازعة.
- ٢) أن استخدام لفظ "يؤول" في البند الثالث من العقد يتفق والمعنى المراد به باعتبار أن الملكية "تؤول" أما حق الانتفاع فينتهي بالنسبة للمنتفع " ويرتد " قانونا إلى مالك الرقبة لكونه -حق مؤقت- لذا فإن استخدام لفظ " يؤول " لا يتطابق والمعنى المراد التعبير عنه في هذا المضمحل ، فالمعلوم أن لفظ " آل " ومشتقاته يجرى في نصوص القانون اصطلاحا في شأن أبولولة حق الملكية واستحقاقها للورثة - بسبب الزوجية والقرابة والعصوبة السببية - والخزاة العامة والدولة .

^{٢٣٩} انظر " آل ، أبولولة ، مالا ، آل علي القوم إبلاء ، آل الرجل : أهله وعياله " معجم الوجيز مجمع اللغة العربية مادة آل ص ٣٠ وتحقيق الشيخ محمد أبو العزم الزفني لجنة إحياء التراث عام ١٩٩٢ ص ٧٦ " الوجوه والنظائر " ولفظ آل علي ثلاثة أوجه الأول: قوم ، الثاني : أهل البيت ، الثالث ورثة أي الذرية والذرية إن سفلوا بمعنى ذرية الرجل وإن سفلوا

كما تستخدم الألفاظ "رد - يرد - أعاد - رجع" في مجال حق الانتفاع ، في القانون المدني وفي تشريعات الميراث وضريبة الأيلولة . (٢٤٠)

لهذا يتعين إزالة هذا التناقض لدى مراجعة هذا العقد بمجلس الدولة طبقا للقانون وذلك قبل أن يصدر قرار منح الالتزام من رئيس مجلس الوزراء .

(٢٤١) النصوص القانونية التي ورد بها لفظ "مؤول" في القانون المدني وقوانين الموارث وقوانين القانون العام :
المادة ٩٠١ مدني " تسلم المحكمة إلي كل وارث شهادة تقرر حقه في الإرث وتبين ما آل إليه من أموال التركة " .
المادة ٩١٩ مدني : " إذا مات قبل وفاة المورث واحدا أو أكثر من الورثة فإن الحصة المقررة التي وقعت في نصيب من مات تؤول شائعة للورثة " .

قانون ٧٧ لسنة ٤٣ بشأن الموارث المادة ٤ منه : " فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما يبقى منها إلي الخزانة " .
قانون ضريبة الأيلولة : المادة ١ : " تفرض ضريبة على صافي ما يؤول من أموال إلي كل وارث " ، المادة ٥ : " تعد جزءا من الأموال الخاضعة للضريبة الأوراق التي توجد في حيازة من تؤول إلي أموال المتوفى كلها أو بعضها " ، والمادة ٨ : " يراعى في تحديد الضريبة مجموع ما آل من مال المتوفى " ، المادة ١٠ : " لا تسرى الضريبة على الأموال التي تؤول " ،
والمادة ١١ : " إذا تولى شخص عن غير وارث أو مستحق آلت إلي الدولة ملكية الأموال " ، والمادة ١٣ : " لا ينقطع للضريبة ما يلي : الدار التي كان يقيم فيها المتوفى إذا كان من آلت إليه هذه الدار " ، والمادة ٢١ : " على الورثة وعلى من آل إليه مال بسبب الوفاة أن يقدموا للأمورية الضرائب اسم المتوفى وأسماء من آلت أمواله ومحال إقامته " .

النصوص الواردة في القانون المدني بالنسبة لحق الانتفاع : المادة ٩٩٠ أ " على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الشخص المعتاد " ، (ب) " وهو مسئول عن هلاك الشيء إذا كان قد تأخر عن ردة إلي صاحبة بعد انتهاء حق الانتفاع " . ، والمادة ٩٩٢ (٢) " للمنتفع الذي قدم كفالة أن يستعمل الأشياء القابلة للاستهلاك ، وإنما عليه أن يرد بدلها عند انتهاء حقه في الانتفاع ..

المادة ٩٩٤ (١) " ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء " .
(٢) " وإذا لم يكن الهلاك راجعا إلي خطأ المالك فلا يجبر على إعادة الشيء إلي أصله ولكنه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهلاك بسببه " .

إعداد مشروع عقد امتياز الـ B.O.T

من الثابت أن الهيئة المصرية العامة للطيران المدني قامت بطرح عملية إنشاء مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T فكان العرض المقدم من شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (كويستية ذات مسئولية محدودة) هو أفضل العروض ، ومن ثم جرى اختيار هذه الشركة للتفاوض على تنفيذ العملية وفقا للشروط الموضوعه في هذا الشأن .

وفي ضوء ما تم من مفاوضات بين الطرفين وموافقة السيد وزير النقل والمواصلات تم التوقيع على اتفاق إطار التعاقد بينهما بتاريخ ١٩٩٧/٨/٢ بشأن منح التزام إنشاء وتشغيل وتسليم مطار مرسى علم للطرف الثاني.

وقد تضمن " اتفاق إطار التعاقد " على عدد ٢٤ بنداً ، ٣١ ملحقاً بغرض تنظيم العلاقة العقدية بين الطرفين من جميع جوانبها ، ونص في البنود أرقام ١٧،١٦،٥ من هذا الاتفاق على ما يأتي :

للم بند ٥ : موضوع الاتفاق :

(أ) تأسيس المشروع :

" يلتزم المستثمر - وفقا لما جاء بكراسة الشروط - بالانتهاء من تأسيس شركة ذات كيان مؤسس حسب القوانين واللوائح والنظم السياسية في جمهورية مصر العربية (القانون ٨ لسنة ١٩٩٧) ولتوقيع عقد الالتزام بإنشاء وتشغيل وتسليم مطار مرسى علم الدولي في إطار ما هو محدد بهذا الاتفاق ، مع ضمان أن يكون لديه الموارد المالية والبشرية والخبرات التي تؤهله لتنفيذ التزاماته الناشئة عن اتفاق الالتزام ، وعلى المستثمر أن يقدم للمالك صورة موثقة من كافة المستندات الدالة على ذلك وفي المواعيد التي يتم تحديدها بالملحق (١٣) .

(ب) إعداد الدراسات والتصميمات :

(١) على المستثمر أن يقوم بإعداد دراسة وافية ومتخصصة عن مخبرات السيول والفوالق بمنطقة المشروع وكذلك دراسة عن الآثار الاقتصادية " والبيئية " لإنشاء مطار بمنطقة المشروع ملحق (٧) .

(٢) يلتزم المستثمر بإعداد الدراسات الفنية التفصيلية لكل من عناصر المشروع على نحو ما يتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٠) والتصميم الأولي لكل عنصر من عناصر المشروع على نحو ما يتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١١)، والتصميم النهائي على نحو ما يتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٢) على أن يتم تقديم هذه الدراسات للمالك في المواعيد التي يتم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (١٨) للمراجعة وعلى المستثمر الالتزام بأي تعديلات يطلبها المالك أو من ينوب عنه للوصول إلى المعايير القياسية .

(٣) يلتزم المستثمر أن يكون إعداد الدراسات والتخطيط والتصميمات وفقا للمعايير القياسية الدولية على نحو ما يتم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٥) " تحدد المعايير والهيئة التي أصدرتها والتاريخ الذي صدرت فيه " .

للم بند ١٦ : توقيع عقد منح الالتزام : ويتم توقيع عقد الالتزام طبقا لما هو محدد في هذا الاتفاق بين المالك والشركة المزمع تأسيسها وفقا للبند (٥-أ) وبعد تقديمها للدراسات الأولية المطلوبة بالبند (٥-ب) من هذا الاتفاق .

للم بند ١٧ : قرار منح الالتزام : يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه أو تعديلها قرار من مجلس وزراء جمهورية مصر العربية " .

وقد قام مجلس الدولة طبقا للقانون بمراجعة " اتفاق إطار التعاقد " ومشروع العقد بنظام الـ B.O.T. وتم في هذه المرحلة إعداد وصياغة مشروع العقد المزمع إبرامه بين الطرفين وذلك بعد أن تم تنفيذ :

- إجراءات تأسيس الشركة طبقا للقانون.
- ما تضمنه البند ٥ " اتفاق إطار التعاقد " من شروط وأحكام .

المبحث الثالث " التصريح بالتعاقد و إبرام العقد بنظام الـ B.O.T "

وإنه طبقا لما نص عليه في البند رقم (٥-أ) من "اتفاق إطار التعاقد" قامت شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة والمقاولات العامة والمنشآت الصناعية (شركة كويتية ذات مسئولية محدودة) بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات " شركة مصرية مساهمة " بالاشتراك مع مؤسسين آخرين وفق أحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار لتكون " الطرف الثاني " في عقد الامتياز المتوقع إبرامه .

وبموجب قرار رئيس الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة رقم ٣٨١ لسنة ١٩٩٧ صدر الترخيص بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات بهدف إنشاء وإدارة مطار مرسى علم وذلك لمدة بقاء الشركة طوال فترة الإنشاء والامتياز مضافا إليها خمس سنوات.

وبعد أن قامت شركة إيماك مرسى علم بتسليم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني الدراسات الأولية المطلوبة تنفيذا لما جاء بالبند (٥-ب) من اتفاق إطار التعاقد ، واستيفاء ما ورد بالبند ١٦ من اتفاق إطار التعاقد ، تم اتخاذ الإجراءات اللازمة للحصول على:

- موافقة مجلس الوزراء بالتعاقد
- إبرام عقد الامتياز (التوقيع على العقد)
- صدور قرار مجلس الوزراء بمنح الالتزام .

١٧٨ : التصريح (أو الإذن) بالتعاقد بموافقة مجلس الوزراء :

ورد كتاب السيد / وزير شئون مجلس الوزراء والمتابعة رقم ٥٤ بتاريخ ١٠/١٢/١٩٩٧ الموجه إلى السيد المهندس/ وزير النقل والمواصلات يفيد موافقة مجلس الوزراء بجلسته المنعقدة بتاريخ ٩/١٢/١٩٩٧ على منح الالتزام بإقامة مشروع إنشاء وتشغيل وتسليم مطار مرسى علم لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ش.م.م إعمالاً لأحكام للقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ .

ثانياً : إبرام عقد الامتياز :

تحرر العقد باللغة العربية ومستندات الدراسات باللغة الإنجليزية محتويًا على عدد ٢١ مادة ، ٣١ ملحق وتم بمقر مجلس الوزراء في يوم الأحد الموافق ٨/٢/١٩٩٨ توقيع العقد بين كل من :

(١) حكومة جمهورية مصر العربية والممثلة بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني وعنوانها جمهورية مصر العربية - القاهرة ويمثلها الطيار / عبد الفتاح محمد كاطو " رئيس مجلس الإدارة " .

(ويعبر عنها بالمالك) " طرف أول "

(٢) شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات " شركة مساهمة مصرية " طبقاً لأحكام القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧ وعنوانها (٧١ أ) شارع محمد حسين هيك - مدينة نصر - القاهرة ويمثلها السيد / لؤى جاسم الخرافي .

(ويعبر عنها بالملتزم) " طرف ثان "

وتنص المادة ١٥ من العقد : بدء سريان العقد " يعتبر هذا العقد سارياً اعتباراً من تاريخ توقيعه من الطرفين " .

ثالثاً : قرار مجلس الوزراء بمنح الالتزام :

وبتاريخ أول يوليو عام ١٩٩٨ م صدر قرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة ١٩٩٨ (المرفق) بمنح إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T. لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات (ش.م.م.) .

قرار مجلس الوزراء

رقم (١) لسنة ١٩٩٨

بمنح إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة

مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T. لشركة إيماك مرسى علم

لتشغيل وإدارة المطارات " شركة مساهمة مصرية " .

مجلس الوزراء

بعد الاطلاع على الدستور :

وعلى القانون المدني ،

وعلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء

وإدارة واستغلال المطارات وأراضى النزول ،

وبناء على ما عرضه وزير النقل والمواصلات :

قـ ر ر :

(المادة الأولى)

منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T.

لشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصرية" وفقا

لأحكام القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ المشار إليه -وعقد الالتزام المرفق

بجميع أجزائه ، وملاحقه ، وخرائطه التي تعتبر جزءا لا يتجزأ من هذا العقد.

(المادة الثانية)

ينشر هذا القرار في الوقائع المصرية وعلى الجهات المختصة تنفيذه .

صدر برئاسة مجلس الوزراء في ٧ ربيع الأول سنة ١٤١٩هـ الموافق أول

يوليو سنة ١٩٩٨م

مجلس الوزراء

نشر بالوقائع المصرية العدد ٢٦٤ تابع في ١٩ نوفمبر ١٩٩٨ م

وقد كان ذلك أول قرار يصدر في جمهورية مصر العربية بمنح التزام بنظام الـ *B.O.T.* وبذات التاريخ وبنفس الإجراءات صدر قرار مجلس الوزراء :

- رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة مطار العلمين بنظام الـ *B.O.T.* لشركة كاتو للاستثمار " شركة مساهمة مصرية " .
- رقم ٣ لسنة ١٩٩٨ بمنح امتياز إنشاء وتشغيل وإعادة مطار رأس سدر بنظام الـ *B.O.T.* لشركة دلتا جلف " شركة مساهمة مصرية " .

وتمثل هذه العقود الثلاثة اتجاه مصر نحو التوحيد والتنسيق بين العقود الإدارية والوثائق الملحقة بها حسب تصنيف طبيعتها ونوعية نشاطها ، فهذه العقود الثلاثة ليست فقط متشابه بل هي متماثلة لكونها عقود امتياز تخص نشاطا واحدا .

وفي نهاية الباب الأول يجدر الإشارة إلى ثلاثة أمور أساسية:

أولا : يتلزم مع مبدأ " حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها في العقد بنظام الـ *B.O.T.* " مبدأ " التزامها بالقواعد والمبادئ والأحكام العامة في شأن كيفية اختيار المتعاقد في عقد امتياز المرفق العام ، وذلك على النحو المسطر تفصيلا في الفصل الأول، اعتبارا بأنها من الأصول العامة الواجبة الإتياع في مجال الاختيار ، ومن ثم نحيل إليها تفاديا للتكرار والإطالة .

ثانياً : أن النصوص الواردة في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* بأجزائه وملاحقه الصادر به قرار مجلس الوزراء رقم ١ لسنة ١٩٩٨ تعد أساساً للبحث والمقارنة لدي دراسة آثار عقد امتياز المرفق العام وانقضائه في البابين الثاني والثالث على التوالي . آخذين في الحسبان تبيان أية مغايرة بين النصوص الواردة في العقود الثلاثة المشار إليها كل في حينه .

ثالثاً: أهمية إصدار قانون شامل ينظم عقد امتياز المرافق العامة.

الباب الثاني

أثار عقد الامتياز

الباب الثاني

آثار عقد الامتياز

تمهيد وتقسيم :

عقد الامتياز (أو التزام) المرافق العامة *La concession Des services publics* هو أشهر العقود الإدارية المسماة، ولعله أهمها أيضا على الأقل في الدول غير الاشتراكية ^(٢٤١)... وتأكيذا لهذا النظر - تتزايد عقود الامتياز بنحو ملحوظ وتتعاظم أهميتها مع نهاية القرن العشرين، بزوال النظام الاشتراكي واتجاه الدول بخطوات واسعة نحو "العولمة" ^(٢٤٢) آخذة بنظام الاقتصاد الحر - سواء عن رغبة منها أو لضرورة ملحة فمن غير المستطاع الحياة بمعزل عن الآخرين.

والثابت أن الملتزم هو معاون للإدارة في تسيير تلك المرافق وفي عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* يتحمل الملتزم أعباء وتكاليف إنشاء مرفق الامتياز وإدارته واستغلاله ، وعلى الملتزم بذل أقصى جهد ومواصلة الحرص الشديد في سبيل أداء التزاماته التي لا تقف عند حد نصوص العقد مهما كان مستوى محدداتها بلوغا في الدقة ، فالنفع العام يمثل الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه وهو القاعدة العامة التي تبنى عليها أحكام عقد الامتياز في مراحل إبرام العقد وفي تنفيذه وانقضائه ^(٢٤٣)، ومن مقتضيات أعمال هذه القاعدة العامة أن تنهض الإدارة بمسئولياتها نحو مراقبة سلوك الملتزم والإشراف على تنفيذ التزاماته العقدية ، شريطة ألا يكون من شأن النهوض بهذه المسؤولية أن تنال الإدارة من حقوق الملتزم المستمدة من العقد ، فلا يتهيب الأشخاص من التعامل مع الجهات الإدارية.

وجدير بالذكر أن معيار الموازنة في مجال رقابة الإدارة، وإشرافها على تنفيذ أعمال الملتزم دون إفراط أو تفريط إنما يقع في المستوى الحدي الذي يمكن التوفيق فيه بين اعتبارين أساسيين أولهما : يكمن في الرضائيه بوصفها جوهر فكره العقد

^(٢٤١) أستاذنا العميد الدكتور الطماوي (الأسس العامة للعقود الإدارية) دار الفكر العربي ١٩٨٤ ص ٩٦ .

^(٢٤٢) تمثل العولمة في سهولة حركة السلع والخدمات والأفراد والأفكار والمعلومات والعقود والمؤسسات "انظر الأستاذ

السيد ياسين محاضرة عن مفهوم العولمة - مركز دراسات الوحدة العربية - بيروت ١٩٩٨ .

^(٢٤٣) التزام التعاقد بالتفويض هنا لا يقف عند حد الالتزام ببذل عناية وإنما هو التزام بنتيجة.

وهو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه - ويتمثل الاعتبار الثاني : في الخصائص الذاتية لعقد الامتياز والدور الذي تلعبه فكرة المرفق العام في تزويد الإدارة بسلطات واسعة في مواجهة الملتزم، لضمان السير المنتظم والمستمر لمرفق الامتياز^(٢٤٤).

ويقتضي التوفيق بين الاعتبارين عدم التضحية بأحدهما أو النيل منه لصالح الاعتبار الآخر من أجل إحلال التوازن المالي للعقد عند اختلاله حتى يعود إلى الحالة الطبيعية التي كان عليها لحظة إبرامه^(٢٤٥).

ولما كانت الأسس والمبادئ العامة التي تحكم آثار عقد الامتياز تمتد إلى أولئك المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ذلك أن آثار الامتياز تتعدى طرفي العقد إلى الغير فتفرض عليهم أعباء وتخولهم بعض الحقوق والمزايا ، لهذا فإننا ندرس من خلال هذا الباب آثار عقد الامتياز في فصلين رئيسيين:

الفصل الأول

" التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية

في عقد الامتياز وفي عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T "

الفصل الثاني

" آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير "

^(٢٤٤) مؤلف أستاذنا العميد الطماوى في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٣٦٨ .

^(٢٤٥) مؤلف أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين (الأحكام العامة في تنفيذ العقد الإداري) دار الثقافة الجامعية

١٩٩٨ ص ١٣ وما بعدها .

الفصل الأول

"التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية

في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T."

نتناول في هذا الفصل وفي مباحث ثلاثة الأسس والمبادئ العامة التي تحكم
أولا :التزامات المتعاقد وحقوقه في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T، ثانيا: سلطات
الإدارة والتزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T ، ثالثا: التوازن المالي لعقد
الامتياز وامتياز الـ B.O.T .

المبحث الأول

" التزامات المتعاقد وحقوقه في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T "

المبحث الثاني

" سلطات الإدارة والتزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T "

المبحث الثالث

" التوازن المالي لعقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T "

المبحث الأول

" التزامات المتعاقد وحقوقه في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T "

في هذا المبحث ندرس في مطلبين رئيسيين:

*التزامات المتعاقد في عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـ B.O.T.

*حقوق المتعاقد في عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـ B.O.T.

المطلب الأول

" التزامات المتعاقد في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T "

المطلب الثاني

" حقوق المتعاقد في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T "

المطلب الأول

"التزامات المتعاقد في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T."

نتعرض في هذا المطلب لدراسة أهم التزامات المتعاقد في عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـ B.O.T. وهما : التزامه بتنفيذ العقد بنفسه واحترامه مدد التنفيذ على نحو ما يلي :

الفرع الأول

"التزام المتعاقد بتنفيذ عقد الامتياز بنفسه في عقد الامتياز

و امتياز الـ B.O.T."

الفرع الثاني

"احترام الملتزم مدد التنفيذ في عقد الامتياز و امتياز الـ B.O.T."

" التزام المتعاقد بتنفيذ عقد الامتياز بنفسه في عقد الامتياز وامتياز ال B.O.T "

تمهيد وتقسيم (٢٤٦):

يمثل الاعتبار الشخصي في العقد أهميه في نطاق نظرية العقد ، وتظهر تلك الأهمية واضحة في العقود المدنية، حين يتمسك الدائن بضرورة قيام المدين بالتنفيذ بنفسه ، وحين يتمسك المتعاقد بإبقاء حقوق والتزامات المتعاقد معه دون الموافقة على نقلها أو حوالتها إلى الغير .

أما بالنسبة للعقود الإدارية فإن الاعتبار الشخصي يمثل حقيقة ثابتة فيها ، فالنفع العام غاية تسعى جهة الإدارة إلى تحقيقها من إبرام العقد الإداري ويبدو أثر ذلك ملموسا في النتائج المترتبة على الاعتداد بهذا العنصر بدرجة كبيرة في عقد الامتياز ، وبدرجات متفاوتة في مختلف العقود الإدارية .

ويعني " الاعتبار الشخصي " في العقد " الاعتداد بشخصية أحد المتعاقدين أو بصفة من صفاته " ويطلق عليه "الاعتداد المنفرد" مثل الحال في عقود المقاوله ، والوديعة ، والهبة ، والتأمين - ويكون الاعتداد بشخصية طرفي العقد أي " الاعتداد المزدوج " في عقد الوكالة وفي عقد شركة التضامن ، وذلك حيث يراعى كل طرف في العلاقة العقدية الاعتبار الشخصي للطرف الآخر وصفاته .

وفي العقود الإدارية يتوقف مدى أهمية عنصر الاعتبار الشخصي على درجة اتصال العقد الإداري بالمرفق العام وبالنفع العام ومداه - فتكون شخصية المقاول أو المورد في عقود الأشغال العامة والتوريد محل اعتبار ، ويكون الاهتمام بشخصية الملتزم بالغ الأثر في عقد امتياز المرفق العام .

(٢٤٦) أ.د. محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة لالتزامات المرجع السابق ص ٥٥ وما بعدها. وانظر الاعتبار الشخصي في التعاقد رسالة دكتوراه دكتور/سمير إسماعيل مقدمه لكلية الحقوق جامعة الاسكندر بس ١٩٧٥ ص ٧ وما بعدها ، وانظر أ.د. محمد سعيد حسين أمين "المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية " ص ٥٥ سنة ٢٠٠٢ .

Jez "Le contrats administratifs tome2 1932 Paris P 273 et suiv.

De laubadere les contrats tome 2 p. 103 et suiv.

ولي الفقه البلجيكي والفقه المقارن Flamme, troite theorique des marches publics tome 2 bruxelles 1960 p.11 et suiv.

وقد اختلف الفقه الفرنسي في هذا الصدد حيث يرى الفقيه " جيز " أن الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي لا يكون على نفس المستوى بالنسبة لكافة العقود الإدارية ، ويرتبط الأساس في تطبيق هذه القاعدة بمدى صلة التعاقد بالمرفق العام حيث يتعين التزامها بغاية الصرامة في مجال عقود الامتياز نظرا لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شئون إدارته.

ويتشكك الفقيه " دى لوبادير " في ذلك ، ويرى أن القضاء لا يؤكد رأى الفقيه " جيز " على الأقل فيما يتعلق بأعمال هذه القاعدة في مجال تنفيذ العقود الإدارية - فالقضاء يطبق قاعدة الاعتبار الشخصي على كافة العقود الإدارية دون أن يخص عقد الامتياز بأهمية معينة .

ويرى استغنا الدكتور / محمد سعيد حسين أمين وبحق " أن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي كعنصر جوهري فيما يتعلق بإبرام العقد الإداري و بآثاره ، لا يشكل هدفا في حد ذاته ، بقدر ما يكون "وسيلة" تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق الصالح العام .

وتأكيدا لهذا النظر يمكن القول بأن المشرع المصري قد اعتد بهذا العنصر في القوانين المتعاقبة . بمنع الجهات الإدارية من التعامل مع أولئك الذين قيدت أسمائهم في سجل الممنوعين من التعامل معها بسبب سوء سمعتهم لارتكابهم إحدى الجرائم المبينة في القانون^(٢٤٧) .

هذا و يخضع عقد امتياز المرفق العام لقانون خاص وشروط ينظمها العقد وتؤكد وثائق العقد وملحقاته على أهمية الاعتماد بالاعتبار الشخصي، وذلك بغية اطمئنان الجهة الماتحة يقينا في قدرة الملتزم على إدارة مرفق الامتياز ، واستغلاله لضررات السنين ، وهي أمور ذات أهمية بالغة الأثر تجعل من الاعتبار الشخصي عنصرا أساسيا وجوهريا لدى اختيار التعاقد بما يضمن قدرته ويؤكد لدى الإدارة التزامه التام بتنفيذ عقد الامتياز على أفضل وجه سنين عددا.

^(٢٤٧) يراجع نص المادة ٢٧ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والمادة ٢٦ من القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في شأن المناقصات والمزايدات ، وقد سبق المحكمة الإدارية العليا تأكيد أعمال فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد في حكمها الصادر في ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ - مجموعة المبادئ القانونية ص ١٥٦ ، وحكمها في ٢٨ نوفمبر ١٩٦٩ منشور بنفس المجموعة ص ١٥٧

والاعتبار الشخصي كعنصر جوهري في عقد الامتياز يتحدد نطاقه بالصفات الأساسية الواجب توافرها في الملتزم، لضمان استمراره في تنفيذ العقد بنحو يحقق الصالح العام على أكمل وجه ومن هذه الصفات :

(١) الكفاية المالية : وتعنى بأن يسر المتعاقد وملاءته ماليا خيرا ضمان لتنفيذ عقد امتياز المرفق العام ذلك بما يتطلبه العقد من إمكانيات مالية ضخمة لأداء دور مباشر وفعال في خدمة المنتفعين بمرفق الامتياز لسنوات طويلة .

(٢) المقدرة الفنية : وتشمل الكفاءة والقدرة الفنية والإدارية والتقنية العالية وفقا للأصول المتبعة عالميا في مجال أعمال عقد الامتياز محل التعاقد.

(٣) الجنسية : تكون موضع اعتبار في بعض البلدان، و كذلك في نطاق الأعمال الحربية ،أو الأمنية لكن بعض البلاد النامية لا تقيم وزنا لهذه الصفة ،حيث تشجع الاستثمار الأجنبي لإقامة مشروعات البنية الأساسية عن طريق منح التيسيرات والإعفاءات والمزايا الضريبية.

هذا وتنفرد الشركات العالمية باستخدام التكنولوجيا والتقنية الحديثة ولا تسمح بنقلها إلى الغير وبات الميدان ضيقا تتسم فيه المنافسة بالحدة والحرص وليس للبلدان النامية من سبيل أو خيار في ظل عجز مواردها عن تمويل المشروعات التنموية سوى الاستعانة بالمستثمر الأجنبي في عقود امتياز المرافق العامة .

(٤) الخبرة السابقة وحسن السمعة : ويثبت ذلك من واقع سجل الأعمال السابقة ،فتكون الجهة الإدارية المختصة على علم ودراسة كافيته بمدى توافر الصفات الجوهرية وحسن السمعة للأشخاص من واقع العروض المقدمة منهم ومن المصادر المعلوماتية الأخرى.

وتبدو فكرة الاعتبار الشخصي واضحة من خلال النتائج المترتبة عليها وتتمثل في التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه وما يترتب عليها من آثار ،وأخصها عدم جواز تنازل المتعاقد عن عقدة للغير أو التعاقد من الباطن واستمرار تنفيذ عقد الامتياز رغم وفاة الملتزم أو إفلاسه أو إعساره.

ومن المسلم أن تنفيذ عقد امتياز المرفق العام يتم وجوبا بواسطة الملتزم شخصيا ،ويجب عليه أن يبذل الجهد اللازم بالتعاون الشخصي مع الإدارة في التنفيذ

بنفسه، وتعد التزامات المتعاقد حيال الإدارة وما يتفرع عنها التزامات شخصية يسأل عنها وليس له من سبيل للتحلل من هذه المسؤولية حتى في حالة وقوع الفعل من أحد تابعيه ودون علمه أو بغير رضائه ، بما مؤداه أن مخالفة المتعاقد التزامه بالتنفيذ بنفسه يشكل خطأ عقدياً يجيز للإدارة توقيع الجزاء العقدي المناسب عنها.

ومن الأحكام التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا ومحكمة النقض المصرية في تأكيد مبدأ التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه ما يلي :

— من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ والتزاماته مع الإدارة شخصية لا يجوز أن يحل غيره فيها^(٢٤٨).

— أن المَقاول الأصلي هو الملتزم بتنفيذ العقد شخصياً، وليس له التحلل من مسؤوليته عن ذلك حتى ولو وقع الفعل الموجب للمسئولية من مندوبه أو معاونيه^(٢٤٩).

— النص في العقد بالالتزام المتعاقد استخدام مهندس تتوافر فيه صلاحية معينة -الغاية منه تحقيق مصلحة المرفق العام، وأن الخروج على هذا الشرط بالمخالفة لنصوص العقد ينطوي على إخلال بمصلحة المرفق^(٢٥٠).

وفي تأكيد مبدأ التزام الشخص بتنفيذ عقد الامتياز بنفسه قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٣ من يونيو ١٩٤٧ في قضية :

'Nouvelle Société fermière de L'établissement Thermal de luxueuse- Les Bains'

بصحة الإجراء الذي اتخذته الإدارة بوضع المنشأة تحت إدارتها المؤقتة بسبب توك المتعاقد المرفق دون أن ينبى عنه أحد في إدارته^(٢٥١).

^(٢٤٨) الإدارية العليا جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨ ص ٨ ص ٣٢٤

^(٢٤٩) محكمة النقض المصرية جلسة ١٩٦٤/٤/٣٠ مدني ص ٥ ص ٦١٩.

^(٢٥٠) الإدارية العليا الطعن ٨٦٦-١١ ق جلسة ١٩٦٩/١١/٨

^(٢٥١) المجموعة ص ٢٥٣ والأحكام مشار إليها في مؤلف الموسوعة في العقود الإدارية للمستشار حمدي ياسين عكاشة ص ٣٥٢ الناشر دار المعارف بالإسكندرية عام ١٩٩٨.

ومناطق قاعدة الاعتبار الشخصي يكمن في التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه وما يترتب على ذلك من آثار وأخصها : مدي جواز تنازل الملتزم عن عقده للغير أو التعاقد بشأنه من الباطن ، واستمرار عقد الامتياز عند وفاة الملتزم أو إفلاسه أو إعساره ، والاعتداد بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* ونتعرض لدراسة ما يخص ذلك من أحكام فيما يلي :

أولا

أحكام التنازل عن عقد الامتياز.

ثانيا

أحكام التعاقد من الباطن في عقد الامتياز .

ثالثا

أحكام انتهاء الرابطة العقدية بسبب وفاة الملتزم أو إفلاسه أو إعساره.

رابعا

أثر الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

أولاً " أحكام التنازل عن عقد الامتياز :

التنازل عن العقد " *La cession* " هو التصرف القانوني الذي يبرمه الملتزم مع الغير ، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن عقد الامتياز ، وبعد التنازل بهذه الصورة إدارياً واضحاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد امتياز المرفق العام - لذا يشترط الحصول على موافقة جهة الإدارة مقدماً على هذا التصرف حتى ينتج أثره في مواجهتها، وليس يلزم أن يكون اشتراط الموافقة منصوصاً عليه في وثيقة الامتياز لأن هذا الحق يستمد سنده من طبيعة عقد الامتياز بما يحمله هذا العقد ، ويتلزم معه من خصائص ذاتية تكمن في حرص الجهة المانحة على ضمان السير المنتظم والمطرد للمرفق العام . (٢٥٢)

ولهذا ينبغي إيضاح الفرق في الآثار المترتبة على التنازل بين حالة موافقة جهة الإدارة على تنازل الملتزم عن عقدة وحالة رفض الإدارة لهذا التنازل .

الحالة الأولى : موافقة الإدارة على التنازل عن عقد الامتياز وآثاره:

في هذه الحالة تكون الإدارة مدفوعة للموافقة على إجراء التنازل بتأثير عوامل شتى، أخصها وحده الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه، من خلال الاعتداد بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز إذا ما حدث اختلال في الكفاية المالية والفنية للملتزم ثم إقدام الملتزم على التنازل عن عقده لشخص آخر يتمتع بكفاية أعلى وصفات ومقومات تتطلبها الإدارة لتنفيذ عقد الامتياز على نحو أفضل - فلا مناص حينئذ من الموافقة على إجراء التنازل تحقيقاً للصالح العام .

وبالتالي ينشأ بين الإدارة والمتنازل إليه علاقة عقديه جديدة مباشرة ليصبح مسئولاً وحدة عن تنفيذ العقد للمرحلة المقبلة - كما ينتقل إليه التزام صيانة الأعمال جميعها سواء المنفذ بمعرفته أو تلك التي نفذت بمعرفة المتنازل ، على أن يظل كلاهما مسئولاً عن الضمان العشري لسلامة الأعمال كل في حدود ما نفذه -

٢٥٢ أ.د. محمد سعيد - الأحكام العامة - المرجع السابق ص ٦٧ وما بعدها، وانظر حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٧ يناير ١٩٥٧ مجموعة المبادئ القانونية في خمسة عشر عاماً من ١٩٤٦-١٩٦١ الجزء الثاني ص ١٩١٨، وحكمها في ٤ يونيو ١٩٦١ المنشور بالمجموعة ص ١٩٢١، وحكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ وأنظر أ.د. محمد سعيد حسين أمين المبادئ العامة مرجع سابق ص ٦٧ .

وعد تأيد هذا الاتجاه بأحكام مجلس الدولة الفرنسي في حكمه بتاريخ ٢٤ يونيو ١٩٢٠ في قضية *Ville costelenaudry* المجموعة ص ٧٠٣. وحكمه في أول مارس سنة ١٩٤٠ في قضية *Ouvrière d'entreprise* المجموعة ص ٨٦. (٢٥٣)

إذا كانت الإدارة قد اعتمدت التنازل فهل يستفاد ضمنا أن ثمة تضامن قام بين المتنازل والمتنازل إليه ؟ ، وما مدى سريان قاعدة أن التضامن لا يفترض في العقود الإدارية؟- في ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا: "بوجوب اشتراط التضامن بصريح العبارة فقد تنصرف إليه الإرادة ضمنا ، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء واضحة لا خفاء فيها ، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن نقول لنفي التضامن لا لإثباته ، وعلى من يدعى قيام التضامن أن يقيم الدليل عليه، وعند الشك يعتبر التضامن غير قائم ، والنص على التضامن في خصوصية بذاتها إن دل على شيء ، فيتطلب بدل مفهوم العكس على عدم قيام التضامن فيما عداها "

ويثور تساؤل عن مدى حرية الإدارة في رفض الموافقة على التنازل الملتمزم عن عقدة ٢٠٠٠ ؟ ، وقضى مجلس الدولة الفرنسي في ذلك بأن عقد الامتياز تبرز فيه الصبغة الشخصية للالتزامات المتعاقدة بروزا ملموسا وعليه إذا تقدم الملتمزم إلى الإدارة بطلب الموافقة على التنازل عن عقدة، يجب على الإدارة أن ترد عليه في ميعاد مناسب، ولن يجدي نفعا التزامها جانب الصمت ، ولا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة لمجرد الرفض وإلا تعرضت للمسئولية، ويجب أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام- فإذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة فإن المتعاقد يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة وله أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة أو الحكم بتعويض الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك. (٢٥٤)

ويقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين بأنه " يلمس تطبيقا واضحا لتلك المبادئ في مجال اتفاقيات الامتياز البترولي ، بما في ذلك تحرر جهة الإدارة من "شكليات المتعلقة بالتعبير عن إرادتها في أي شكل تشاء". (٢٥٥)

(٢٥٣) الموسوعة للمستشار حمدي ياسين - المرجع السابق ص ٣٦٤.

(٢٥٤) أستاذنا العميد الطماوي في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤٠٢.

(٢٥٥) د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٧١، ص ٧٢.

وتقرر محكمة القضاء الإداري في مصر "بأن التنازل عن عقد المقلولة تكفي فيه الموافقة الضمنية، وبأن جريان المكاتبات بين الإدارة والمتنازل إليه يعتبر قبولا ضمنيا للتنازل فشرط الحصول على القبول الكتابي إنما شرع رعاية لمصلحة الجهة الإدارية المتعاقدة وليس للمقاول فإن هي تنازلت عنه فلا جناح عليها في ذلك"^(٢٥٦)، وما يتعلق بالسلطة المختصة بالموافقة على التنازل عن العقد فهي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي ما لم يقض المشرع بغير ذلك .

وتقتضي معالجة الآثار التي تترتب على موافقة جهة الإدارة على التنازل عن العقد بيان المركز القانوني لكل من المتنازل إليه *Le cessionnaire* والمتنازل *Le cédat* (المحيل).

المركز القانوني للمتنازل إليه : يترتب على موافقة جهة الإدارة على التنازل عن العقد الأصلي إبرام عقد جديد بين الإدارة والمتنازل إليه ، فيصبح وحده المسئول أمام جهة الإدارة ويتلقى منها التطعيمات والتوجيهات ويكون له وحده حق الحصول على المقابل المالي ما لم ينص العقد الجديد على خلاف ذلك .

المركز القانوني للمتنازل : استنادا إلى نشأة العلاقة بين الإدارة والملتزم الجديد فمن الطبيعي انتهاء العقد الأصلي ، ويتحرر المتنازل من كافة الالتزامات تجاه الإدارة ، وبالتالي يحق له استرداد ما دفعه من تأمين إلا إذا كانت هناك منازعات ما تزال قائمة ومع ذلك فإن معظم العقود الإدارية في فرنسا تشترط بقاء المتعاقد الأصلي ضامنا للمتعاقد الجديد .

ويقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين وبحق "أن مبدأ استمرار مسئولية المتعاقد الأصلي في حالة التنازل عن العقد . هو من الأصول التي تراعيها جهة الإدارة دائما حرصا منها على الالتزام بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري ، فالنزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي لا يعنى في هذا المقام التنفيذ المادي للعقد من جانب المتعاقد بقدر ما يعنى مسئوليته الشخصية عن هذا التنفيذ على نحو يحقق الصالح العام، ويسد حاجة المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد".

^(٢٥٦) حكمها بتاريخ ٢١ نوفمبر ١٩٦٥ في القضية رقم ٨ لسنة ١٣٠٣ ق وانظر أ.د. الطماوى في الأسس العامة ص ٤٠٢

الحالة الثانية : رفض جهة الإدارة الموافقة على إجراء التنازل عن العقد وآثاره :

إن لجهة الإدارة الحق في رفض الموافقة على التنازل عن العقد وفق سلطتها التقديرية، وهذه السلطة مقيدة ومشروطة بحسن استعمالها وباستهدافها الصالح العام - فإذا تبين للإدارة أن التنازل إليه لا يتمتع بالصفات الفنية أو المالية التي تؤهله للحلول محل المتعاقد الأصلي في التنفيذ على نحو يحقق النفع العام. كان لزاماً عليها رفض الموافقة على إجراء التنازل ولا تثريب عليها في ذلك، وفي هذه الحالة يترتب رفض الإدارة على التنازل آثاراً بالنسبة إلى كل من التنازل إليه والتنازل :-

*بالنسبة للتنازل إليه : تعد موافقة الإدارة مقدماً على إجراء التنازل شرطاً أساسياً حتى ينتج التنازل أثره القانوني في مواجهتها ، ويترتب على رفض الإدارة إجراء التنازل انتفاء أية علاقة عقديه بينها وبين التنازل إليه، وبالتالي ليس له أن يرجع عليها بأية حقوق تعاقدية، وإن كان له أن يرجع عليها بالتعويض بناء على فكرة الإثراء بلا سبب^(٢٥٧) كما يستطيع بصفته دائناً للمتعاقد الأصلي أن يطالبها بحقوق مدنيه طبقاً للقواعد المقررة في القانون المدني .

*بالنسبة للمتعاقد الأصلي "التنازل" : من الطبيعي أن تظل مسئولية الملتزم عن العقد باقية ومستمرة فليس له حق الاحتجاج في مواجهة الإدارة بإجراء لم يصادف منها قبولا بل إن التنازل من جانبه دون موافقة الإدارة يعد خطأ عقدياً، وهذا الخطأ يبرر في نظر مجلس الدولة الفرنسي توقيع عقوبة فسخ العقد على مسئولية المتعاقد سواء نص على هذا الجزاء في العقد أم لم ينص عليه وإن كان الفقيه "دي لوبادير" يرى أن مسئولية المتعاقد الأصلي عن الخطأ لا تنعقد إلا إذا كان ثمة ضرر لحق بالإدارة من جراء هذا التنازل^(٢٥٨)

^(٢٥٧) الموسوعة للمستشار حمدي ياسين المرجع السابق ص ٣٤٣ وما بعدها تطبيقات في نظرية الإثراء بلا سبب وجواز التعويض استناداً لها والأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي مشار إليها في "العقد الإداري في التطبيق العملي" انظر د. عبد المجيد لياض ص ٣٠٠، ٣٠١،

^(٢٥٨) أ. د. العميد الطماوي في العقود المرجع السابق ص ١٠٤ ومطول دي لوبادير في العقود الجزء الثاني ص ١٠٩ وقد استعار مجلس الدولة الفرنسي مبادئ وأحكام نظرية الإثراء بلا سبب الواردة في القانون المدني الفرنسي وهو تطور محمود في أحكام القضاء الإداري الفرنسي.

ثانياً " أحكام التعاقد من الباطن في عقد الامتياز " (٢٥٩) :

نتعرض لأحكام التعاقد من الباطن وإجراءات الموافقة عليه وآثاره القانونية فيما يلي:

(١) ماهية التعاقد من الباطن في عقد امتياز المرفق العام: التعاقد من الباطن هو تصرف قانوني يبرم بين المتعاقد الأصلي والغير بقصد تنفيذ جزء أو أكثر من محل العقد - ويفترض بطبيعة الحال أن يكون محل العقد قابلاً للتجزئة ، وهذا الشرط يتحقق دائماً في مجال تنفيذ عقد الامتياز لطول مدته، ونظراً للتقدم الفني والتكنولوجي المتواصل ، وما يستتبع ذلك من التخصص وتقسيم الأعمال المتنوعة ، ومساهمة الغير بالضرورة في مختلف مراحل تنفيذها وما يلحق تلك الأعمال من التطور الحاصل فيها على الدوام (٢٦٠).

ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد فالتنازل من شأنه حلول شخص جديد حلاً كلياً محل الملتزم في كافة حقوقه والتزاماته العقدية بينما يترتب على التعاقد من الباطن أن يقوم شخص بتنفيذ جزء أو أكثر من أعمال العقد ، ومن المعلوم أن الاعتداد بالاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ عقد الامتياز لا يغني بالضرورة قيام الملتزم بنفسه بالتنفيذ المادي للعقد إنما يتطلب الأمر أن يتحمل وحدة المسؤولية الشخصية *La responsabilité personnelle* والالتزام بالضمان في تنفيذ العقد برمته ، وبذلك يكون التعاقد من الباطن مسموحاً به بصفة عامة طالما أنه لا مساس بقاعدة الاعتبار الشخصي.

(٢) إجراءات الموافقة على التعاقد من الباطن في عقد امتياز المرفق العام: التعاقد من الباطن من أبرز النتائج المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي باعتباره الوسيلة التي تيسر مهمة كل من الإدارة والملتزم في تنفيذ عقد الامتياز ، وبدونها تجد الإدارة نفسها مضطرة في مجال تنفيذ مشروع واحد أن تتعامل مع أكثر من شخص . مما

(٢٥٩) انظر أ.د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٧٨ وما بعدها وانظر مقال الأستاذة *Jaques Daumard* عن التعاقد من الباطن المنشور بمجلة *Actulaite juridique de droit administratif* عدد يناير ١٩٦٢ ص ٧ وما بعدها. ويراجع في هذا الصدد مطول دى لوبادير في العقود الجزء الثاني ص ١٠٦ ومؤلف الأستاذ *FLAMME* - عقود الأشغال العامة المرجع السابق ص ١٦ وانظر أ.د. محمد سعيد المبادئ العامة ص ٧٨.

(٢٦٠) لا يسوغ التراض لقيام التعاقد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده دون الاستعانة بمجهزات غيره وإلا وضع أمام

استحالة مطلقة " حكم الإدارية العليا (جلسة ١٦/١/١٩٧١ ص ١٦ ص ١٥٠).

يؤدي إلى تعدد المسؤوليات الناشئة عن تنفيذ عقد واحد، وهو الأمر الذي لا ترغب الإدارة فيه انطلاقاً من مبدأ وحدة الضمان *Unité de garantie* في مواجهة الملتزم الذي يتحمل وحدة المسؤولية الشخصية عن تنفيذ العقد برمته. فضلاً عن التطور التكنولوجي الحاصل على الدوام ومقتضيات التخصص وتقسيم العمل وما يحتاج إليه الملتزم في مجال تنفيذ عقد الامتياز من معاونة الغير بصفة مستمرة^(٢٦١).

ونظراً للأهمية العملية التي يحتلها التعاقد من الباطن، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنه ما لم يكن هناك قيد واضح في العقد يحظر التعاقد من الباطن - فإن موافقة جهة الإدارة مفترضة، ورغم ذلك فإن الحصول على الموافقة المسبقة تعد شرطاً لازماً، وتنظم الأحكام في فرنسا إجراءات الحصول على الموافقة بالنسبة لكافة العقود الإدارية. حيث يتقدم المتعاقد الأصلي كتابة بطلب الحصول على الموافقة موضحاً فيه اسم المتعاقد من الباطن. وتحاط الإدارة علماً به فتطمئن لمدى إمكانية ومقدرته في الوفاء بالتزاماته على أكمل وجه، على أن تبدي جهة الإدارة رأيها بالقبول أو الرفض في خلال واحد وعشرين يوماً اعتباراً من تاريخ وصول طلب المتعاقد الأصلي إليها،، هذا وفي حالة التزام الإدارة جانب الصمت طوال تلك المدة، فإن ذلك يعد قبولاً منها لإجراء التعاقد من الباطن.

وفي مصر فإن القاعدة الواجبة الإتيان في هذا الصدد تتمثل في تحرر جهة الإدارة من الشكليات فيما يتعلق بالتعبير عن إرادتها فلها أن توافق على التعاقد من الباطن في أي شكل تشاء، وقد تكون موافقتها في هذا الخصوص صريحة كما يمكن أن تكون ضمنية.

(٣) الآثار القانونية للتعاقد من الباطن في عقد الامتياز^(٢٦٢) :

(أ) أثر التعاقد من الباطن في علاقة جهة الإدارة بالمتعاقد الأصلي : استقرت قواعد التشريع وأحكام والقضاء على تأكيد مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد برمته بما في ذلك الجزء المتعاقد عليه من الباطن ، حتى وإن

^(٢٦١) انظر الأستاذ *Flamme* المرجع السابق ص ١٥ ، ويراجع مؤلف أ. العميد الطماوي في العقود.

^(٢٦٢) المرجع السابق ص ٤٠٢ ، ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨ يوليو ١٩٥١ في قضية *Societe la*

callendrite وحكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣ ، أ.د. محمد سعيد في الأحكام ص ٩٠.

وافقت الإدارة على إبرامه، وتمتد تلك المسؤولية فتشمل أخطاء المتعاقد من الباطن أو تأخيرها في تنفيذ التزاماته.

(ب) أثر التعاقد من الباطن في علاقة جهة الإدارة بالمتعاقد من الباطن : من مقتضيات فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري بوجه عام، وعقد الامتياز بوجه خاص انتفاء أية علاقة تعاقدية مباشرة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن، ومؤدى ذلك أنه يتمتع على المتعاقد من الباطن اختصاص جهة الإدارة مباشرة في خصوص الجزء الذي يتولى تنفيذه من محل العقد.

ويميز الفقه الفرنسي بين نوعين من التعاقد من الباطن :

النوع الأول : يتم إبرامه بغير الحصول على موافقة مسبقة من الإدارة فلا يجوز الاحتجاج في مواجهتها بأي أثر من آثار هذا التعاقد .

النوع الثاني : يطلق عليه بالفرنسية *Le sous traité autorisé* ويتم إبرامه بموافقة مسبقة يحصل عليها المتعاقد الأصلي من الإدارة ، وقد تطور هذا التعاقد بشكل ملحوظ أدى إلى ترتيب بعض آثار ترقى إلى مرتبة العلاقة التعاقدية المباشرة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن ، والتي تبدو واضحة في مظهرين رئيسيين^(٢١٣) :

المظهر الأول : تجاوز الإدارة رقابه وتتخذ صورا متعددة منها :

الرقابة الفنية : يخضع المتعاقد من الباطن لرقابه وتعليمات وأوامر وتوجيهات الإدارة في التنفيذ بهدف الاطمئنان والتأكد من سلامة الأعمال وصحة الأداء، مع الالتزام بمطابقة المواد والأجهزة والمستلزمات المستخدمة في مرفق الامتياز لكافة المواصفات المتفق عليها ، وفي جميع الأحوال تملك الإدارة إجبار المتعاقد من الباطن على تنفيذ تكاليفات الإدارة بأن تجعل من الملزم وسيلة مؤثرة للضغط عليه .

الرقابة المالية : تملك الجهة الإدارية المختصة سلطة إجراء الرقابة المحاسبية على أعمال الملزم ، وهذه الرقابة تمتد قاتونا بصوره تلقائية لتشمل المتعاقد من الباطن بغية تصويب الأوضاع في الوقت المناسب وفرض سيطرتها من أجل سير العمل في مرفق الامتياز بانتظام واطراد.

(٢١٣) (راجع في هذا الصدد مطول " دي لوبادير " في العقود الجزء الثاني المرجع السابق ص ١١٤ وما بعدها).

الرقابة الأمنية : أنه نظراً لاعتبارات الأمن وسلامة الدولة في مجال عقود التزام المرافق العامة الحيوية يقع التزام قانوني على المتعاقد من الباطن شأنه شأن الملتزم - بالحفاظ على الأسرار في مواقع العمل ، وبتنفيذ كافة ما تصدره الإدارة من تعليمات بهدف تحذيره من إفشاء الأسرار المتصلة بعمله في المرفق حتى لا يتعرض للجزاء المنصوص عليها في قانون العقوبات .

المظهر الثاني: فيما تقدمه الإدارة للمتعاقد من الباطن من تعاون في النطاق

المالي: ويقرر الفقيه " دى لوبادير " بأن القاعدة المتبعة في فرنسا قبل صدور مرسوم ١١ مايو سنة ١٩٥٣ - التي بمقتضاها كان يتمتع على المتعاقد من الباطن الحصول من الإدارة مباشرة على أي مقابل مالي للجزء الذي قام بتنفيذه ، لأن سداد هذا المقابل كان يتم عن طريق الملتزم ، وبصدور المرسوم المشار إليه ، حدث تطور نشأ بمقتضاه علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن ، فيما يخص اقتضاء المقابل المالي ، ولم يؤثر ذلك على تطبيق القاعدة المستقرة بانتفاء العلاقة التعاقدية المباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن حتى ولو كان التعاقد قد تم بموافقتها .

ولهذا أثير تساؤل عن طبيعة القواعد القانونية التي تحكم آثار تعاقد الباطن في العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن وما إذا كانت تلك القواعد تنتمي إلى القانون العام أم القانون الخاص فاتضح من خلال البحث بأن العلاقة التي تربط الملتزم بالمتعاقد من الباطن هي من صميم روابط القانون الخاص أما علاقة الملتزم بالإدارة فتنتهي إلى القانون العام ذلك لأنه في حالة فسخ العقد الأصلي بدون خطأ منه فإن نتائج الفسخ تخضع لقواعد القانون العام في حين أن تلك النتائج تخضع لقواعد القانون الخاص بالنسبة للمتعاقد من الباطن .

هذا وللتغلب على هذا التناقض يرى الفقيه *Jacques Daumard* " أن العلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن هي من روابط القانون العام، وينعقد الاختصاص بشأن المنازعات الناجمة عنها للقضاء الإداري، والأساس القانوني في هذه الحالة يكمن في الاتفاق المبرم بين الملتزم والمتعاقد من الباطن الذي ينتمي بطبيعته إلى

روابط القانون الخاص، ومع ذلك فإن هذا الاتفاق يكون مصدرا لتطبيق قواعد القانون العام في علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن وذلك لسببين^(٢٦٤) :

السبب الأول: أن الاتفاق المبرم بين الملتزم والمتعاقد من الباطن - فضلا عما يشترط لمشروعيته من موافقة الإدارة المسبقة عليه- يحوى ضمن شروطه التزاما يخضع المتعاقد من الباطن بمقتضاه إلى قواعد الرقابة والتوجيه المباشر من جهة الإدارة على النحو السالف بيانه.

السبب الثاني: أنه في سبيل إجبار المتعاقد من الباطن على تنفيذ التزاماته . تملك جهة الإدارة الرجوع على الملتزم بوصفه المسئول الوحيد عن تنفيذ العقد شخصيا، والثابت أن العلاقة التي تربط الإدارة بالملتزم هي من روابط القانون العام ، وبذلك تخضع علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن لقواعد القانون العام بطريق غير مباشر .

(ج) أثر التعاقد على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن: الثابت أن العلاقة بين الملتزم والمتعاقد من الباطن تخضع لقواعد القانون الخاص كما ينعقد الاختصاص في شأن المنازعات الناجمة عنها للقضاء العادي، إلا أن الاتفاق المبرم بينهما بتنفيذ جزء من محل العقد، يحيل عادة إلى النصوص الواردة بدفاتر الشروط العامة في العقد الأصلي - وقد يظن لأول وهله بأن مقتضى الإحالة تعنى خضوع هذا التعاقد لنفس القواعد التي تحكم تنفيذ العقد الأصلي، سواء من حيث طريقة التنفيذ، أو الجزاءات التي توقع في حالة التنفيذ المشوب بالعيب أو التأخر في التنفيذ.

والحقيقة أنه يصعب التسليم بهذا الرأي على إطلاقه فالمتعاقد من الباطن وإن كان يخضع لرقابه وتوجيه الإدارة فإن الإحالة بصفة عامه إلى دفاتر الشروط لا تعنى سوى تطبيق المبادئ التي تضمنتها تلك الشروط طالما أنها لا تتعارض مع شروط الاتفاق المبرم بين الملتزم والمتعاقد من الباطن.

وقد أشار الفقيه "Flamme" لبعض حالات في مجال عقود الأشغال العامة وما أتبع من حلول بشأنها في ضوء اتجاهات القضاء^(٢٦٥) :

(٢٦٤) انظر مقال الأستاذ Daumard بعنوان " المتعاقدون من الباطن في مجال عقود التوريد الصناعية والنشور بمجلة

L'actualite juridique de droit administratif عدد يناير ١٩٦٢ ص ٧.

(٢٦٥) الأستاذ - Flamme - المرجع السابق ص ٣١ وما بعدها.

• طريقة سداد المقابل النقدي المستحق للمتعاقدين من الباطن: يجوز تطبيق قواعد سداد المقابل المالي الواردة في دفتر الشروط العامة في حالة وجود شرط صريح في التعاقد من الباطن ويبقى الملتزم في جميع الأحوال ضامنا للوفاء بالحقوق المالية المستحقة للمتعاقدين من الباطن. بمعنى أنه يتحمل نتائج تأخر الإدارة في سداد المقابل المالي المستحق للآخر، ولكن إذا تضمن اتفاق التعاقد من الباطن إحالة إلي دفتر الشروط العامة في شأن طريقة سداد المقابل المالي وكيفية تسليم الأشغال العامة محل العقد الأصلي، فإن ذلك يترتب عليه عدم خضوع المتعاقد من الباطن للقواعد المدنية فيما يخص سداد المقابل المالي المستحق له وتخضع المبالغ التي تقاضاها من المتعاقد الأصلي قبل تمام التنفيذ للقواعد المنظمة بدفتر الشروط العامة.

أما إذا اقتضت الإحالة على طريقة التنفيذ دون أن تمتد إلي كيفية سداد المقابل، فإن أثرها يكون قاصرا فقط على طريقة التنفيذ مع وجوب النص الصريح بالإحالة إلي دفتر الشروط العامة في اتفاق التعاقد من الباطن لتطبيق ما ورد فيها من أحكام ، وإذا وردت الإحالة بصفة عامة وإجمالية لما تضمنه دفتر الشروط العامة من اشتراط خاص بمراجعة الأسعار في العقد الأصلي *Révision des prix* فلا يسرى ذلك على المتعاقد من الباطن طالما أنه لا يوجد بعقده نص صريح يوضح نطاق تلك الإحالة .

• مدى التزام المتعاقد من الباطن بتقديم ضمان مالي : في حالة التزام المتعاقد الأصلي بسداد تأمين نقدي للإدارة ضمانا للوفاء بالتزاماته ولم يتضمن الاتفاق مع المتعاقد من الباطن شرطا صريحا يلزمه بسداد تأمين نقدي للملتزم فإن مجرد الإحالة بصورة عامة إلي دفتر الشروط لا يخوله حق المطالبة بضمان مالي على غرار ما هو متبع في عقد الالتزام.

• الإجراءات التي تحكم استلام الأشغال العامة من المتعاقد من الباطن: في حالة عدم وجود اشتراط بنص صريح في الاتفاق يخضع المتعاقد من الباطن بمقتضاه للإجراءات التي تحكم استلام الأشغال العامة بعد تنفيذها، فإنه من الصعب تصور خضوع الأخير لتلك الإجراءات .

• الجزاءات الموقعة على المتعاقد من الباطن عند التأخر في التنفيذ: في حالة تأخر المتعاقد من الباطن في تنفيذ التزاماته فإن الملتزم لا يملك في هذه الحالة سوى مطالبته بغرامات مالية عن التأخير بقدر يوازي نسبة الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، وإذا تضمن التعاقد من الباطن شرطاً صريحاً يقضى بتنفيذ الأعمال محل هذا العقد حسب شروط العقد الأصلي- فقد انقسم رأى القضاء إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول: يرى أن احتواء اتفاق التعاقد من الباطن على هذا الشرط لا يرتب تطبيق الأحكام الخاصة بالشرط الجزائي المنصوص عليه في العقد الأصلي إلا إذا اتضح بأن نية الطرفين قد اتجهت إليه صراحة.

الاتجاه الثاني: أن مقتضى الإحالة إلى العقد الأصلي يكون من نتيجته تطبيق الجزاءات الواردة به على المتعاقد من الباطن، بمراعاة التناسب بين الجزاء الموقع وقدر الضرر الذي أصاب الملتزم من جراء ذلك. (٢٦٦)

• مدى تطبيق الشروط الاستثنائية في العقد الأصلي على المتعاقد من الباطن: يثور تساؤل عن الآثار المترتبة في حالة احتواء اتفاق التعاقد من الباطن لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، فهل يستطيع المتعاقد الأصلي بإرادة المنفردة ودون اللجوء إلى القضاء أن يمارس بمقتضاها تعديل التزامات المتعاقد من الباطن أو توقيع جزاءات عليه لضمان تنفيذ ذلك على غرار ما هو متبع في العقد الإداري ، بما يعد من مظاهر السلطة العامة ؟ يقرر الأستاذ "flamme" أنه بمقتضى مبدأ الحرية التعاقدية يجوز للأفراد أن يضمنوا اتفاقاتهم ما يشاءون من شروط على أن تكون واضحة لا يشوبها لبس أو غموض.

ويرى وبحق أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين بأنه "لا غضاضة بالنسبة للمتعاقد الأصلي الذي يخشى لأسباب معقولة تتصل بالصالح العام احتمال نقاعس مدينه (المتعاقد من الباطن) عن الوفاء بالتزاماته في الموعد المحدد- أن يضمن الاتفاق المبرم بينهما شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص لضمان تنفيذ

(٢٦٦) (تراجع الأحكام القضائية المشار إليها في هامش مؤلفه السابق الإشارة إليه هامش ص ٣٦ وما بعدها.

هذا الاتفاق على الوجه الأكمل ،وتكون تلك الشروط منتجة لآثارها بطبيعة الحال طالما صادفت قبولا من المتعاقد من الباطن لحظة إبرام الاتفاق معه" (٢٦٧).

ثالثاً : أثر الاعتبار الشخصي في انقضاء الرابطة العقدية في عقد الامتياز (٢٦٨)

• **أثر وفاة الملتزم على انقضاء الرابطة العقدية :** تتضمن عقود الامتياز بيان الأحكام الواجبة الإلتباع في حالة وفاة الملتزم إما بانقضاء أو باستمرار الرابطة العقدية نظراً للعلاقة الوثيقة التي تربط الملتزم بإدارة المرفق العام، وقد ذهب الفقيه ' JEZE ' إلى أن موت الملتزم في عقد امتياز المرفق العام يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون - بينما يرى الفقيه "دي لوبادير" أن القضاء لا يؤيد هذا الاستنتاج ، وتتنحصر الأحكام في التوفيق بين مقتضيات سير المرافق العامة ،وبين الحقوق التي يستمدها الورثة من المتوفى ،وأن وفاة الملتزم في عقد الامتياز يترتب عليها النتائج الآتية :

- أن عقد الامتياز لا يفسخ بقوة القانون لمجرد وفاة الملتزم .
- أن الإلتزام يؤول إلى الورثة إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك .
- أنه في حالة تضمين عقد الامتياز شرطاً يقضى بضرورة موافقة الإدارة على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ عقد الامتياز . فإن الإدارة لا تملك حق الرفض إلا في حالة انعدام الكفاءة الفنية - فليس بلام أن يكون الخلف *Ayant Cause* متمتعاً بنفس الكفاءة الشخصية لسلفه "الملتزم" إنما يكفي أن يكون متمتعاً بالقدرات الفنية بالنحو الذي يُمكنه من الاستمرار في التنفيذ ، أما إذا كان الورثة لا يتمتعون بالأهلية في تاريخ وفاة الملتزم، فإن الإدارة تلتزم بفسخ العقد، ومع ذلك يجوز لها في بعض الأحوال أن تبرم عقداً جديداً مع أرملة الملتزم بصفتها وصيه على أولادها القصر .

(٢٦٧) انظر الأستاذ "دي لوبادير" المرجع السابق الجزء الثاني ص ١١٤ وما بعدها والأستاذ *Flamme* المرجع السابق

ص ١٩ وص ٢٩ وما بعدها، أ.د. محمد سعيد الأحكام العامة ص ٩٠ وما بعدها

(٢٦٨) أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في الأحكام المرجع السابق ص ١١١ وما بعدها ، ويراجع مؤلف "جيز" في

العقود المرجع السابق الجزء الأول ص ٢٠٧ ، ومؤلف دي لوبادير المرجع السابق الجزء الثاني ص ١١٢ وما بعدها ،

والعميد الطماوي في العقود ص ٤٠٥ المرجع السابق ، وأنظر أحكام مجلس الدولة الفرنسي في ٢١ أبريل ١٩٥٠ في

قضية *Nuncie* المجموعة ص ٢٣١ .

ويقرر الأستاذ "دي لوبادير" بأنه في حالة انحلال الشركة المتعاقدة فإن عقد الالتزام لا ينتهي إلا بعد تمام إجراءات الحل فالشركة تظل قائمه قانوناً في فترة التصفية وليس للإدارة أن تستند إلى مجرد حالة التصفية لإنهاء عقد الامتياز لكن الأمر يختلف إذا نص على غير ذلك.

• أثر إفلاس الملتزم أو إعساره على انقضاء الرابطة العقدية : تتكفل دفاتر الشروط عادة بوضع الحلول الواجب الأخذ بمقتضاها في حالة إفلاس الملتزم أو إعساره ويرى الأستاذ "Jeze" أنه نظراً للطبيعة الخاصة بعقد الامتياز وطول المدة التي يستغرقها تنفيذه فإن إفلاس الملتزم يرتب الفسخ بقوة القانون بما تحويه دفاتر الشروط من نصوص تقضي الفسخ.

وفي حالة خلو العقد ودفتر الشروط العامة من الأحكام الواجبة الإتيان في هذا الصدد - يقرر الأستاذ "دي لوبادير" أن القاعدة المسلمة قضاءً : "أن الإفلاس أو الإعصار لا يؤدي بذاته إلى إنهاء العقد وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا ما رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك". (٢٦٩)

وفي هذا الصدد يقول أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين "والحقيقة أن ترك سلطة الفسخ للإدارة على النحو السابق وعدم إنهاء العقد بقوة القانون إنما يتفق والمعنى الذي حرصنا على ترديده بأن فكرة الاعتبار الشخصي مجرد وسيلة - لا غاية - تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المنتفعين بخدمات المرفق العام".

وفي مصر فإن المشرع لم يترك لجهة الإدارة سلطة تقديرية في فسخ العقد عند إفلاس المتعاقد أو إعساره ، وإنما جعل الفسخ أمراً لازماً بقوة القانون بمقتضى نص المادة ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات بأن "يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين: إذا أفلس المتعاقد أو أعسر".

(٢٦٩) تراجع مؤلف "جيز" المرجع السابق ص ٢٣٠ كما تراجع مطول "دي لوبادير" في العقود المرجع السابق الجزء الثاني ص ١٢١ وما بعدها وتراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٢ مارس ١٩٠٢ في قضية *CHOMBON* المجموعة ص ٢٤٤ وحكمه بتاريخ ١٨ أبريل ١٩١٧ في قضية *LABAT* المجموعة ص ٣١٧ وانظر أ.د. محمد سعيد في الأحكام - المرجع السابق ص ١١٨ وما بعدها وتراجع العميد الطماوي في العقود ص ٤٠٧

رابعاً " أثر الاعتبار الشخصي في عقد امتياز الـ B.O.T. :

تسرى الأحكام المبينة في هذا الفرع بشأن قاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. فضلاً عن القواعد الآتية :

تضمن اتفاق إطار التعاقد مع المستثمر على أحكام تتعلق بآثار الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز المتمثلة في اختيار المتعاقد والتزامه بتنفيذ العقد بنفسه، وعدم جواز التنازل عن العقد للغير، أو التعاقد من الباطن دون موافقة المالك، وبضرورة تأسيس شركة مساهمة لإنشاء وتشغيل، وتسليم المطار بعد مدة الامتياز مضافاً إليها خمس سنوات بعد نهاية المدة.

وقد التزم المستثمر في اتفاق إطار التعاقد بتأسيس شركة ذات كيان قانوني بالتطبيق لحكم القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، مع ضمان أن يكون لديه الموارد المالية والبشرية، والخبرات التي تؤهله لتنفيذ التزاماته وعلى المستثمر أن يقدم للمالك صورة موثقة من كافة المستندات الدالة على ذلك وفي المواعيد التي يتم تحديدها بالملاحق ،،،، وقد تضمن العقد المبرم بين الطرفين في البند "تمهيد" :

"ووفقاً لما ورد بالبند رقم (٥/أ) من موضوع الاتفاق قامت شركة محمد عبد المحسن الخرافي وأولاده للتجارة العامة والمنشآت الصناعية (شركة كويتية ذات مسئولية محدودة) في ٢٧/٨/١٩٩٧ بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصرية طبقاً لأحكام القانون رقم (٨) لسنة ١٩٩٧م لتكون الطرف الثاني في هذا العقد وملاحقه"، وقد صدر بذلك قرار رئيس الهيئة العامة للاستثمار والمناطق الحرة رقم (٣٨١) لسنة ١٩٩٧ م بالترخيص بتأسيس شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات، وذلك بهدف إنشاء وإقامة وإدارة المشروع مدة بقائها طوال فترة الإنشاء والامتياز، مضافاً إليها خمس سنوات لضمان تسليم المطار وإعادته إلى الدولة بعد نهاية فترة الامتياز.

وبناء عليه تم في ٨/٢/١٩٩٨ التوقيع على عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. بين الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وشركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات وصدر قرار مجلس الوزراء رقم (١) لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل وإدارة واستغلال وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T. لشركة

إيماك"ش.م.م." بالتطبيق لأحكام القانون رقم (٣) لسنة ١٩٩٧ وعقد الالتزام المرفق بجميع أجزائه وملاحقه وخرائطه والتي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد (٢٧٠).

هذا وفيما يتعلق بالتنازل عن عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. أو التعاقد مع الغير من الباطن لأداء عمل من الأعمال فقد نص في المادة (٥) من العقد بأنه: لا يجوز للملتزم التنازل عن أي من حقوقه أو التزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة المالك كتابة ، وبعد موافقة مجلس الوزراء على هذا التنازل ، واعتباراً من تاريخ الموافقة ، ويجوز للمالك أن يشترط ألا يتم هذا التنازل إلا إذا استوفي الملتزم شروطاً معينة عند التنازل وتنص المادة (٦) من العقد:

(أ) للملتزم بعد الحصول على موافقة المالك كتابة - التعاقد مع من يختاره من مقاولي الباطن المعتمدين والمؤهلين لتنفيذ الإنشاءات والتوريدات والتركيبات اللازمة لإنشاء وتشغيل المطار ، وعلى نحو يتفق والتخطيط والتصميم المصدق عليه من المالك وعليه أن يزود المالك بقائمة هؤلاء المتعاقدين وبياناتهم (الاسم - العنوان - وصف الأعمال المتعاقد معه عليها)

(ب) ليس من شأن تعاقد الملتزم مع أي من المقاولين التأثير على أداء أي التزام من التزاماته بموجب هذا العقد ، أو أن ينتقص من مسؤوليته عن التقصير في أداء ذلك الالتزام ، أو أن يلغى تلك المسؤولية.

(ج) يوافق الملتزم على تعويض المالك عن أي ضرر يلحقه مقاولو الباطن بحقوق المالك ، أو تنجم عنه أية مسؤولية قد يتحملها المالك تجاه الغير نتيجة قيام مقاولو الباطن ، أو إغفالهم القيام بعمل من الأعمال.

(٢٧٠) ويبدو واضحاً أهمية أن يكون الملتزم في الامتياز بنظام الـ B.O.T. شخصاً اعتبارياً في شكل شركة مساهمة مصرية مدة حياتها تزيد عن مدة العقد ضماناً لبقائها طوال مدة الامتياز مضافاً إليها خمس سنوات ، وهي ميزة لا تتوفر للشخص الطبيعي لأن مدة الامتياز تمتد سنين عدداً ، والشركة المساهمة بطبيعتها من الكيانات الكبيرة القادرة على استخدام التقنيات الحديثة ، مع خضوعها للفتيش من جهات رقابية "مصلحة الشركات وهيئة الاستثمار وهيئة سوق المال .. الخ وأيضاً ما يشترطه القانون من أوضاع في القيود المحاسبية وفي إعداد الميزانيات وحساب الأرباح والخسائر وحسابات الأصول والخصوم والتزامها بتعيين محاسب قانوني ومستشار قانوني طبقاً للقانون

الفرع الثاني " احترام الملتمزم مدد تنفيذ عقد الامتياز وامتياز ال B.O.T "

تمهيد وتقسيم : (٢٧١)

يلتزم المتعاقد مع الإدارة في مجال تنفيذ العقد الإداري بمراعاة مدة التنفيذ المحددة في العقد - والمعلوم أن عقود الامتياز تمثل إحدى الوسائل الهامة للإدارة في مجال تسيير المرافق العامة ، لذا فإن احترام المدد المنصوص عليها في هذه العقود يعد الترجمة الفعلية للقاعدة الأصولية التي تحكم سير المرافق العامة في تقديم الخدمات الدائمة والمنظمة للمنتفعين بها.

وتتضمن كل من دفاتر الشروط العامة ومدونة العقود الإدارية الفرنسية مواد خاصة بضرورة مراعاة مدد التنفيذ^{٢٧٢} ، فضلا عن وجود نظام خاص للجزاءات يصل إلى حد توقيع عقوبات جنائية ، وتحرص القوانين المتعاقبة المصرية على توقيع الجزاءات المالية حالة تخلف المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته في المدد والمواعيد المحددة في العقد.

ويثير البحث في مدد التنفيذ - مسائل تتعلق بالتعريف بها ، وكيفية حسابها ، والقوة الملزمة لها والمبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ نتعرض للدراسة هذه المسائل في بنود أربعة على الوجه التالي:

أولاً : " التعريف بمدد التنفيذ وكيفية حسابها في عقد الامتياز "

ثانياً : " القوة الملزمة لمدة التنفيذ في مواجهة الملتمزم "

ثالثاً : " المبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ في عقد الامتياز "

رابعاً : " احترام مدد التنفيذ في عقد امتياز ال B.O.T "

(٢٧١) أ.د. محمد سعيد الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٢٣ وما بعدها.

(٢٧٢) (٢٧١) Code des marches publics 1979 Articles 45,59,79,97,193.

أولاً : " التعريف بمدد التنفيذ وكيفية حسابها في عقد الامتياز "

• التعريف بمدد التنفيذ : تدل عبارة مدة التنفيذ على معان ثلاثة : (٢٧٣)

المعنى الأول : يقصد بمدد التنفيذ الفترة التي تمنح للملتزم لإدارة واستغلال المرفق العام ويعبر عنها بـ "مدة الاستغلال" وهي مدة طويلة نسبياً إذ تتراوح عادة بين عشرين وتسعة وتسعين عاماً ، وتبرر طول المدة الزمنية لإتاحة الفرصة أمام المستثمر (الملتزم) لاستهلاك ما قام به من النفقات ، وبهذا المفهوم تعتبر المدة عنصراً مميزاً بين عقد الامتياز وغيره من العقود المشابهة .

وقد استند القضاء الإداري في مصر إلى المدة للتمييز بين عقد الامتياز وبين الترخيص لاستغلال المرفق العام فيما يتعلق بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ فلا تسرى أحكامه على التراخيص لأنها مؤقتة وتمنح لآجال قصيرة وغير قابلة للتجديد، ويحق للجهة الماتحة إلغاء الترخيص في أي وقت.

المعنى الثاني : يقصد بمدد التنفيذ - المدة التي يلتزم المتعاقد خلالها بإقامة المنشآت ، وتأمين الأجهزة والمعدات اللازمة لاستغلال المرفق العام .

المعنى الثالث : يقصد بمدد التنفيذ - المواعيد الدورية لأداء الخدمات للمنتفعين بمرفق الامتياز كمواعيد تسيير القطارات والطائرات وغيرها ، والتي تُحدد عادة بالاتفاق بين السلطة ماتحة الامتياز والملتزم.

• كيفية حساب مدة التنفيذ : يتضمن عقد الامتياز تحديد تاريخ بداية التنفيذ ونهايته *Date précise* - وإذا خلا العقد من ذلك يتم تحديد بداية المدة من التاريخ الذي يقوم فيه الملتزم بمباشرة عملية الاستغلال ، وفي حالة توقف المرفق أو انقطاع الملتزم عن مباشرة نشاطه، يتعين تسجيل اليوم الأول في التوقف أو الانقطاع بصفة رسمية ، وذلك درءاً لأية خلافات قد تنشأ مستقبلاً في هذا الخصوص، وإذا تضمن عقد الامتياز أشغالا عامه . فإن مدة التنفيذ في هذه الحالة تكون خاضعة لرقابه الإدارة وإلى التعليمات والتوجيهات الصادرة للملتزم في صورة أوامر مصلحيه .

وعند خلو العقد من تحديد بداية مدة التنفيذ والتي أصبحت متنوعة بحسب الوسائل المستخدمة في مختلف مجالات الأعمال وتطورها من حين لآخر فإنه يمكن

(٢٧٣) انظر " جيز " المرجع السابق ص ٢٨٩ وما بعدها ، أ.د. محمد سعيد أمين الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٢٦ وما بعدها ، والعميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ١٠٦ وما بعدها.

للقاضي تحديد المدد المعقولة للتنفيذ وفق العرف الجاري في كل حالة وبناء على ذلك إذا حددت الإدارة مددا للتنفيذ ليست كافيه حسب العرف الجاري وكان العقد يحوى نصا يقضى بمجازاة المتعاقد حال تأخيرته في التنفيذ فإن الجزاء على هذا النحو يعتبر من قبيل شرط الأسد^(٢٧٤).

وينبغي على جهة الإدارة تمكين الملتزم من البدء في تنفيذ الأعمال، ويتم تحديد مدد التنفيذ في عقود الأعمال وفق مقتضى المادة ٧٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ وذلك من التاريخ الذي تسلم فيه المواقع للمقاول خاليه من الموانع إلا إذا اتفق على غير ذلك ويكون التسليم بموجب محضر موقع من الطرفين وإذا لم يحضر الملتزم أو مندوبه لتسلم الموقع في التاريخ الذي يحدّد له في الأمر ، يحرر محضرا بذلك ويعتبر هذا التاريخ موعدا لبدء تنفيذ العمل ،،، هذا ولا يشفعُ للملتزم التأخير في بدء العمل أو يرفع عن عاتقه التبعة، إلا عند عرقله التسليم أو التراخي فيه أو الامتناع عنه من جانب الإدارة بعد أن طالبها بتسليم مواقع العمل وتسجيل ذلك عليها في حينه^(٢٧٥).

وبصفة عامه تبدأ مدة التنفيذ في المريان من اليوم الذي يسلم فيه للمقاول جميع المستندات اللازمة للبدء في تنفيذ الأعمال، كالرسومات والتصميمات والمقاييسات، وتجدر الإشارة إلى التحفظ الجوهري الذي نوه عنه الفقيه JEZE في هذا الخصوص ، " أن الأمر المصلحي الذي يُعطى إلى المقاول. لايد وأن يصادف قبولا منه، وإذا ثار شك حول تاريخ البدء في التنفيذ ينبغي البحث عن النية المشتركة للطرفين بشرط أن يكون العقد مصدقا عليه من السلطة المختصة وتم إبلاغه للمتعاقد حتى ولو كانت أعمال التنفيذ قد بدأت قبل تاريخ التصديق"^(٢٧٦).

ثانياً القوة الملزمة لمدة التنفيذ :

يرتكز الأساس القانوني للقوة الملزمة لمدة التنفيذ على فكرتين متميزتين هما فكرة المرفق العام أو النفع العام والرضائيته- فالخط العريض للمبادئ التي تحكم تنفيذ

^(٢٧٤) د. هارون الجمل النظام القانوني للجزاءات رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٩ ص ٤٠٤ .

^(٢٧٥) وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا بجلسته ٣٠ نوفمبر ١٩٦٣ ص ٢١٨ .

^(٢٧٦) الدكتور هارون الجمل - المرجع السابق ص ٤٠٥ .

عقد الالتزام يكمن في التوفيق بين الفكرتين ويكاد الفقه الفرنسي يُجمع على أهمية هذا الالتزام حيث يرى الفقيه " جيز " أن الالتزام بمدة التنفيذ ينتج ضمناً وحتماً من فكرة المرفق العام ، وليس بحاجة إلى نص تشريعي ولا إلى شرط خاص في العقد فالمتعاقد مع الإدارة وقد ارتضى في عقد إداري تعلونه في مرفق عام ، فإنه لا يلزم فقط بتنفيذ التزاماته كما يفعل فرد تجاه الآخر ، وإنما يمتد التزامه إلى كل ما يكون ضروريا لضمان السير المنتظم والمستمر للمرفق العام الذي وافق على المساهمة في تسييره (٢٧٧) .

ويرى الفقيه " بيكينو " : " أن المتعاقد يعتبر مخطئاً إذا لم يضمن باستمرار وانتظام وفي كل الظروف ، ورغم كل الصعاب القيام بالتنفيذ الدقيق للمرفق العام ، وبعد مقصراً إذا أخل في تنفيذ أهم وأشد التزاماته صرامة مما يُعرضه لأقصى الجزاءات ، ولا يمكن تبرير خطئه إلا في حالة القوة القاهرة على أن يبذل عناية فائقة تقرب من روح التضحية بصرف النظر عن نصوص العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة (٢٧٨) " .

وخلاصة القول أنه بالنظر إلى قوة وصلابة المصطلحات المستخدمة في خصوص احترام مدة التنفيذ ، فإنه لا يوجد من بين التزامات القانون الخاص ما يفرض بمثل هذه الدقة والصرامة - ويترتب على ذلك نتيجة بالغة الأهمية . مؤداها أنه لا يسمح للملتزم بإيقاف التنفيذ أياً كان العذر وأياً كانت الظروف إلا إذا ترتب على تقصير الإدارة استحالة التنفيذ (٢٧٩) .

هذا وتقوم قاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مجال القانون الخاص على اعتبار جوهرى مؤداة ، أنه إذا كان للدائن في العقد الملزم للجانبين أن يطلب فسخ العقد وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه فله من باب أولى أن يقتصر على وقف التنفيذ حتى يُنفذ المدين التزامه (٢٨٠) .

(٢٧٧) انظر رسالة الدكتور هارون الجمل المرجع السابق ص ٤١٥ ، والفقه Jeze ص ٢٠٤ المرجع السابق .

(٢٧٨) يراجع في هذا الخصوص رسالة الدكتور عبد المجيد فياض - المرجع السابق ص ١٤٦ .

(٢٧٩) يراجع الأستاذ بيكينو المرجع السابق ص ٣٢٧ وأ . د . محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٤١ وما بعدها - ومؤلف سيادته المبادئ العامة ص ١٣٧ وما بعدها مرجع سابق .

(٢٨٠) أستاذنا المحرم الدكتور السهوري في الوسيط المرجع السابق ص ٧٢٨ .

والفكرة التي بنى عليها الدفع بعدم التنفيذ هي عين الفكرة التي بنى عليها الفسخ ، وهي الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة في العقد الملزم للجانبين مما يجعل التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من جهة أخرى ، وتعد هذه الفكرة مقبولة في مجال القانون الخاص استنادا إلى مبدأ العدالة و حسن النية في المعاملات إلا أنه في مجال القانون الإداري تأبى قاعدة سير المرافق العامة بانتظام واستمرار أن يعطل الملزم أداء الخدمة لسبب من الأسباب ما دام في استطاعته القيام بها، ذلك أن العلاقة التي تربط الملزم بالإدارة لا تقف عند حد الالتزامات العقدية ، وإنما هي علاقة تعاون وتضامن وتساعد من أجل تسير المرفق العام.

فلا يصلح أن يستفيد الملزم من الدفع بعدم التنفيذ المقرر في القانون الخاص ، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في العديد من أحكامه لاسيما عقد الامتياز الذي تتجلى فيه حكمة أعمال المبدأ في أبرز صورها. ولقد امتد سريان هذا المبدأ إلى العقود الإدارية الأخرى كعقد الأشغال العامة مثلا فالمقاول لا يستطيع أن يوقف العمل انتظارا للفصل في دعوى فسخ العقد أو يستند إلى تأخير الإدارة في سداد المقابل ويوقف العمل حتى السداد^(٢٨١) ، ونقول المحكمة الإدارية العليا أنه: "لما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها قبله، بل يتعين إزاء هذه الاعتبار أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته . ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتض وكان له فيه وجه حق"^(٢٨٢) .

وقد علق أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين على هذا الحكم بالقول "أن ثمة تحفظا يمكن أن يشار إليه في هذا الصدد ، وهو أن عدم جواز إيقاف المتعاقد للتنفيذ إنما هو رهن باستطاعته الاستمرار فيه بمعنى أن تراخى الإدارة في تنفيذ التزاماتها قبله يجب ألا يصل إلى الحد الذي يعجز معه المتعاقد عن الوفاء"^(٢٨٣) .

(٢٨١) انظر هذا الخصوص أ. د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٤١ وما بعدها ورسالة الدكتوراه

المرجع السابق ، وكذا المراجع الفقهية الواردة والأحكام بماش ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٢٨٢) جلسة ٥ يولي ١٩٦٩ أحكام السنة الرابعة عشرة المجموعة ص ٩٣٢ .

(٢٨٣) وهي الحالة التي يصبح فيها الملزم أمام وضع يفرض عليه استحالة التنفيذ.

وبهذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٧١^(٢٨٤): " أنه وإن كان الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا على هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامه تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها "

ويستطرد أستاذنا في القول " وأما بخصوص ما ورد في الحكم عن جواز الاتفاق بين الطرفين عند التعاقد على إمكانية تمسك المتعاقد بقاعدة عدم التنفيذ في مواجهة خطأ معين يقع من الإدارة ، فإنه في حقيقة الأمر ليس إلا تلميحاً لدور الرضا فيه في مجال تنفيذ العقد الإداري ، ذلك إذا كان الدفع بعدم التنفيذ لا يهدد سير المرفق العام"^(٢٨٥)،، والقاعدة العامة في الفقه الإسلامي أن العقد ينتج أثره بمجرد إبرامه فيكون له قوته الملزمة وتترتب عليه جميع آثاره ، ما لم يعرض للعقد ما يوقفه أو يحول دون لزومه.^(٢٨٦)

ثالثاً "المبررات القانونية لعدم مراعاة مدة التنفيذ في عقود الامتياز":

يعالج الفقه مبررات عدم التنفيذ أو التأخير فيه بالنسبة لعقد الامتياز في أمرين الأول: القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، والثاني: فعل الإدارة فالقوة القاهرة فكرة وثيقة الصلة بالتنفيذ ويترتب على توافر شرائطها القانونية إعفاء الملتزم الذي يتمسك بها من تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد أو منحه أجلاً لتنفيذها وتختلف القوة القاهرة عن الظروف الطارئة فالأخيرة فكرة ذات طبيعة اقتصادية *D'ordre Financier* يكون من نتيجتها زيادة الأعباء المالية للملتزم ولا تحول دون قيامه بالتنفيذ في الميعاد طالما كان ذلك باستطاعته^(٢٨٧)

^(٢٨٤) المنشور بمجموعة أحكام السنة السادسة عشر ص ٩٧.

^(٢٨٥) انظر مؤلف سيادته في الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٤٥.

^(٢٨٦) انظر أ. د. يوسف قاسم المبادئ العامة في الفقه الإسلامي ص ٣٤ وما بعدها

^(٢٨٧) تراجع في هذا الصدد مؤلف الأستاذ "جيز" في المبادئ العامة للقانون الإداري - الطبعة الثالثة - الجزء الأول

١٩٣٤ ص ٢٧٠ - كما تراجع مؤلف الأستاذ بيكيو المرجع السابق ص ٣٢٨ وما بعدها -، وكذا مؤلف الأستاذ دى

لوبيدير الجزء الثاني المرجع السابق ص ٤٢ وانظر أ. د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ١٤٩.

وقد كانت الأحكام الأولى لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تنكر اعتبار القوة القاهرة سببا لإعفاء الملتزم من التنفيذ أو التأخير فيه إلا إذا نص على ذلك في العقد، ويعد ذلك مظهرا واضحا بالتمزام المجلس جانب الرضائية وسلطان الإرادة في مجال تنفيذ العقود^(٢٨٨)،،،، وكان هذا القضاء هدفا للنقد من جانب الفقه بحجة منافاته للعدالة ، فمن غير المنطقي أن يتحمل الملتزم نتائج فعل كان عاجزا عن دفعه فلا تكليف ولا مسئولية بمستحيل ،،،، وحيل ذلك كان المتعاقدون يزدون في المقابل المالي عند التعاقد لمواجهة تلك الأخطار على سبيل الاحتياط الكلى مما أدى إلى تحميل الخزنة العامة للدولة أعباء ومصاريف زائدة.

وقد تطور الحال في غضون عام ١٨٥٨، فعزل القضاء عن موقفه بموجب حكمه الصادر في قضية *Sensine* حيث اعترف لأول مرة بالقوة القاهرة مبررا قانونيا لإعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه أو التأخير فيه حتى في حالة عدم النص عليه في العقد^(٢٨٩).

في هذا المقام تجدر الإشارة إلى وجوب عدم الخلط بين القوة القاهرة بهذا المفهوم وبين القوة القاهرة كسبب لفسخ العقد والتي اصطلح على تسميتها بالقوة القاهرة الإدارية *La force majeure administrative* التي لا يتطلب القضاء في شأنها استحالة التنفيذ بل مجرد قلب التوازن المالي للعقد وتعد فكرة القوة القاهرة الإدارية من نتاج مجلس الدولة الفرنسي بموجب حكمه الصادر في ٩ ديسمبر ١٩٣٢ في قضية شركة ترام شربورج^(٢٩٠).

ولقد كشف الحكم المشار إليه عن التطور الحاصل لقضاء المجلس في حرصه الدائم على تحقيق الموازنة بين أمرين - الأول: تحقيق النفع العام من خلال صيانة المال العام وذلك بإجبار الإدارة على دفع تعويضات للملتزم بشأن مرفق بات وشبك

^(٢٨٨) قد يترتب على القوة القاهرة صيرورة تنفيذ الالتزام مستحيلا على نحو يجيز للملتزم التحرر من التزاماته العقدية في حين أن أقصى ما يترتب على حدوث الظروف الطارئة هو إرهاب جسيم للملتزم ويمكن التغلب عليه بمعاونة الطرف الآخر في الرابطة العقدية بإعادة التوازن المالي للعقد الامتياز إلى سيرة الأولى.

^(٢٨٩) سبق إيضاح ذلك في الباب التمهيدي بأن القضاء المصري الأهلي والمختلط قد أعلن في أحكامه حينذاك بأن القانون المصري يجهل نظرية الظروف الطارئة وأن مهمة المحكمة تنحصر في تفسير العقود والعمل على احترام الاتفاقيات التي تعقد بحريه وظل هذا الاتجاه ساريا حتى صدور القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتمزام المرافق العامة.

^(٢٩٠) الدكتور عبد المجيد لياض - المرجع السابق ص ١٥٧.

المعات، وبمعنى آخر أصبح غير قابل للحياة ، والثاني : تحقيق الموازنة بين حقوق طرفي الرابطة العقدية في عقد الامتياز من خلال السماح لأحدهما أن يطلب من القاضي الحكم بفسخ العقد في حالة قلب التوازن النهائي له، وهذا بلا ريب مظهر من مظاهر العدالة بات واضحا على حين مجلس الدولة الفرنسي في قضائه الحديث^(٢٩١).

* الشرائط الواجب توافرها للاعتراف بوجود قوة قاهرة : يجوز لطرفي عقد الامتياز أن يحددا مفهوم وشروط القوة القاهرة بنص في العقد الإداري ، وإذا خلا العقد من هذا النص يتفق الفقه والقضاء على ضرورة توافر ثلاثة شروط جوهرية لكي يصدق في الفعل وصف القوة القاهرة هي: (٢٩٢)

(١) ألا يكون لإرادة الملتزم دخل في حدوث الفعل *L'exteriorité* وألا يسبقه أو يقترب به خطأ عقدي في جانبه فمن غير المستساغ القول بأن الملتزم يستطيع أن يخلق لنفسه عنراً للتحرر من التزاماته، ومن أوضح التطبيقات في هذا الصدد الإضراب فإذا اتضح من الظروف أن الملتزم هو الذي أثار الإضراب ، أو شجعه لمصلحته ، أو رفض المعاونة التي تقدمت بها جهة الإدارة لإنهاء حالة الإضراب فلا توجد حينئذ قوة قاهرة.

(٢) عدم إمكان توقع حدوث الفعل *L'imprévisibilité* وقت إبرام العقد وليس بعد ذلك فالمعيار هنا معيار موضوعي لا ذاتي إذ لا يكتفي فيه بالشخص العادي، وإنما يرجع في تقديره جانب من هو أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور^(٢٩٣).

(٣) عدم استطاعة الدفع *L'irrésistibilité* بمعنى وجود الملتزم في وضع يستحيل معه استحالة مطلقة أداء التزاماته في المواعيد المقررة. فلا يعتبر من قبيل القوة

^(٢٩١) يراجع في هذا الخصوص رسالة أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق هامش ٢٦٨ ، ومؤلف دي لوبادير في العقود المرجع السابق ص ٤٧ وما بعدها.

^(٢٩٢) يراجع في هذا الصدد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي حكم شركة الرسائل البحرية بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٠٩ وتعليق المفوض *Tardieu* والنشور بمجموعة القضاء الكبرى ص ٨٠ وما بعدها ومن أحكام المجلس الحديثة نسبياً في هذا الصدد حكمه بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٧٥ في قضية *Société de général de construction industrielle* والنشور بمجلة القانون العام ص ٦٢٢ وكذا حكمه بتاريخ ٧ يناير ١٩٧٦ في قضية *Ministre de l'éducation* والنشور بمجلة القانون العام ص ٦٢٣. ومن أحكام مجلس الدولة المصري يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٥/٢/١٩٦٩ وحكمها بتاريخ ١٢/١٢/١٩٦٩ بمجموعة العقود الإدارية ص ١٩٦ وما بعدها.

^(٢٩٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٢ ديسمبر ١٩٦٩ بمجموعة العقود ص ١٩٦.

القاهرة الحادث المفاجئ الذي يترتب عليه بذل تضحيات بالغة من المتعاقد في سبيل أداء التزاماته، أو مجرد نشوء صعوبات هائلة أو بذل مصاريف كثيرة للغاية كما إذا تعهد مقاول بتوريد مواد اعتاد استيرادها لإقامة سد كبير أو خزان... الخ^(٢٩٤).

ويأخذ مجلس الدولة الفرنسي في اعتباره عند تقدير "استحالة الدفع" ما يتمتع به الملتزم من موارد ومقدار ما بذله من جهد للوفاء بالتزامه، وأن أمرا ما قد يعد قوة القاهرة بالنسبة لمشروع ضخم لشركة محلية ذات رأسمال ضئيل، في حين أنه لا يعد كذلك بالنسبة لمشروع ضخم لشركة ذات رأس مال كبير،،، ومفاد ذلك أن استحالة الدفع هي فكرة ذات مدلول شخصي ونسبي يتحدد في ضوء إمكانيات الملتزم ومقدار ما بذله من جهد وتضحيات في سبيل الوفاء بالتزاماته العقدية.^(٢٩٥)

* النتائج القانونية للقوة القاهرة : يُعفى المتعاقد من الالتزامات التي أصبح تنفيذها مستحيلا بسبب القوة القاهرة في حينها وذلك حيث يعود التزامه بالتنفيذ فور انتهاء هذه الحالة^(٢٩٦) أما إذا أصبح تنفيذ العقد بأكمله مستحيلا بصورة نهائية فإن القوة القاهرة تعتبر سببا مشروعاً للفسخ. كما تعد مانعا من تطبيق أي جزاء عليه.^(٢٩٧)

* أهم التطبيقات القضائية للقوة القاهرة : للقوة القاهرة تطبيقات عدة فالصواعق والزلازل والأمطار والأعاصير الجفاف غير العادي والوباء وغيرها من الظواهر الطبيعية وكذا الحروب والثورات ، والحريق والإضراب... الخ ويتمثل الخط العريض لأحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري في التشدد في تقدير سلوك الملتزم الذي يرغب في التحرر من التزاماته الناشئة عن العقد متذعرا في ذلك بطروء قوة القاهرة ، فالملتزم هو في المقام الأول معاون لجهة الإدارة في تسيير مرفق عام، ومن الطبيعي أن يتطلب القضاء الإداري مجهودات أكثر لضمان تنفيذه لعقده ومن أهم التطبيقات القضائية:

^(٢٩٤) الدكتور هارون الجمل، النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، المرجع السابق ص ٤٥١ وما بعدها.

^(٢٩٥) (أ. د. محمد سعيد الأحكام العامة ص ١٥٩ المرجع السابق، وانظر دي لوبادير المرجع السابق الجزء الثاني ص ٤٧

وحكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٦ فبراير ١٩٢٤ في قضية *Ste du gaz de longuref*.

^(٢٩٦) يراجع في هذا الصدد مطول دي لوبادير "في العقود"، المرجع السابق، ص ٥٩ ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي

يراجع حكمه بتاريخ ٥ يناير ١٩٤٢ في قضية *Gaz de Ferte-Milon* المجموعة ص ١٨.

^(٢٩٧) الدكتور عبد المجيد لياض "نظرية الجزاءات في العقد الإداري" المرجع السابق ص ١٦١ وما بعدها.

(١) فعل الغير كأحد التطبيقات البارزة للقوة القاهرة *Fait de tiers* ويقصد بالغير الأجنبي عن العقد الذي لا يكون الملتزم مسئولاً عنه، ويعتبر فعله سبباً أجنبياً يترتب عليه انتفاء مسئولية المتعاقد عن الإخلال بالالتزام إذا استحال تنفيذه وتوافرت للفعل شرائط القوة القاهرة فالقاعدة العامة في هذا الشأن هي أن يؤدي المتعاقد الالتزام بنفسه ، فشخصيته محل اعتبار جوهري في مجال تنفيذ عقد الامتياز^(٢٩٨) ويعد فعل الغير من قبيل القوة القاهرة إذا كان غير متوقع ويستحيل دفعه ويكون كذلك في حالة المظاهرات العامة والثورات الشعبية .

(٢) فعل الإدارة *Fait de l'administration* يعتبر فعل الإدارة متى كان له خصائص القوة القاهرة مبرراً قانونياً لعدم التنفيذ أو التأخير فيه، بأن يكون فعل الإدارة له علاقة مباشرة ووثيقة بالالتزام، ويؤدي إلى تأخير الملتزم عن الوفاء وأن يكون غير متوقع، ومن شأنه استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته في المواعيد المقررة.

هذا ولا يشترط بالضرورة أن يكون فعل الإدارة خطأ أو إهمالاً . فهناك من الحالات ما يكون فعل الإدارة استعمالاً كاملاً لمطلق حقها الثابت الذي لا نزاع فيه ، ويعد سبباً مبرراً لتأخير التنفيذ ،،، ويشير الفقه عادة إلى تطبيقات كثيرة لفعل الإدارة كمبرر لعدم مراعاة مدة التنفيذ نذكر منها : تأخير الإدارة في إنجاز بعض الأعمال المطلوبة منها والتي يرتبط بها تنفيذ التزامات المتعاقد معها مثل عدم قيام الإدارة بتنفيذ التزامها بتسليم الملتزم مواقع العمل ،،، استدعاء عمال الملتزم للخدمة العسكرية أثناء الحرب وعدم كفاية الباقيين للتنفيذ. (٢٩٩)

رابعاً : " احترام الملتزم بمدد التنفيذ في عقد امتياز الـ *B.O.T.* :

نشير في هذا المقام بأن القواعد السالفة الذكر في هذا الفرع تنطبق على عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* لكونها من المبادئ العامة التي تسري على جميع العقود الإدارية بصفة عامة وعقد الامتياز بصفة خاصة.

هذا وقد تضمنت عقود امتياز الـ *B.O.T.* أحكاماً تتعلق بمدد التنفيذ وفق

التوقيتات والمدد البينية في مجالات :-

^(٢٩٨) يقصد بالغير في هذا المقام المتعاقدين من الباطن أو المتنازل إليهم.

^(٢٩٩) رسالة الدكتور عبد المجيد فياض . المرجع السابق ص ١٦٤ ود. هارون الجمل ، المرجع السابق ص ٤٨٩ وما بعدها .

التأخير في التنفيذ: إذا لم ينفذ المتعاقد بنظام الـ B.O.T. التزاماته في المواعيد المحددة في العقد فإنه يحق للإدارة أن توقع عليه الجزاءات وذلك على النحو المنصوص عليه في المادة (٩) من العقد. (٣٠١)

وقف الإنشاء: للملتزم الحق في طلب تمديد مدة إنشاء المطار في أحوال معينة حددتها مادة (١٠) من العقد سواء أكان الوقف بناء على قرار المالك أو لقوة قاهرة أو ظروف استثنائية قد تطرأ في التنفيذ أو امتيازات تأخير أو إعاقه من المالك. (٣٠٢)

الإعلان المقرر فعليه إبلاغ الملتزم بأسباب ذلك الرفض في المدة المحددة حتى يمكنه تلافي هذه الأسباب وبعدها يقوم الملتزم بإعادة إشعار المالك بإتمام الأعمال المطلوبة بغية إصدار إعلان التشغيل خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ إعادة الطلب. =
= يكون الملتزم في الحالات التي تتوقف فيها عمليات الطيران بالمطار لفترة أكثر من شهرين لأسباب قهرية خارجة عن إرادته أن يطلب من المالك إغلاق المطار بالنسبة لعمليات الطيران ، وفي حالة قيام المالك لذلك يتوقف الملتزم عن دفع تكاليف تشغيل برج المراقبة الجوية والخدمات الملاحية للمالك . ويتم مد فترة الالتزام المتفق عليها بين الطرفين بمقدار نفس المدة التي أغلق فيها المطار.

(٣٠١) المادة (٩) من العقد التأخير في التنفيذ :-

أ- إذا لم ينجز الملتزم التزاماته في التواريخ المحددة لإنجازها وفقا لجدول التنفيذ التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملاحق (١٨، ١٩) المرفقة بهذا العقد- يحق للمالك أن يحصل من الملتزم على غرامه تأخير عن كل شهر أو جزء من شهر تأخير ينقضي بعد التاريخ المحدد للإنجاز ويتم حساب الغرامة وفقا لما تم تحديده والاتفاق عليه بالملاحق ٣٠ .

ب- مع عدم الإخلال بأي حق في اقتضاء المبلغ المشار إليه في الفقرة (أ) يتعين على الملتزم الاستمرار في إنجاز التزاماته.

(٣٠٢) المادة (١٠) وقف الإنشاء: أ- للملتزم الحق في طلب تمديد مدة الإنشاء في الحالات الآتية:

١- بناء على قرار من المالك. ٢- القوة القاهرة. ٣- ظروف استثنائية يكشفها الملتزم قد تطرأ في الموقع.

٤- أي تأخير أو إعاقه من قبل المالك.

ب- على الملتزم أن يحضر المالك خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ وقوع الحدث المنسب في التأخير بعزمه على التقدم بطلب لتمديد مدة التنفيذ ، وكذلك عليه أن يحفظ بكل السجلات اللازمة لتبرير أي طلب يقدمه في هذا الصدد وأن يحفظ بأي سجلات أخرى قد يطلبها المالك.

ج- على الملتزم أن يقدم تفاصيل كاملة تدعم طلب التمديد خلال مدة ٢٨ يوما من وقوع التأخير تحسب ابتداء من اليوم الأول من التأخير.

د- على المالك دراسة الطلب المقدم من الملتزم لتمديد مدة التنفيذ وإخطاره بقراره في هذا الصدد وذلك في مدة أقصاها ١٤ يوما من تاريخ تقديم المستندات.

هـ- يحق للملتزم تمديد مدة تنفيذ أعمال البناء بما يعادل مدة التأخير التي قد تصيب الجهات والسلطات الحكومية فيها وبالمعدلات المتفق عليها حسب البرامج الزمنية المقدمة منه .

وإذا حدث في أي وقت تأخير من قبل الملتزم في تنفيذ أعمال البناء موضوع هذا الاتفاق مقارنه بالبرنامج الزمني المحدد فإنه يتعين على الملتزم أن يقدم للمالك برنامجا زمنيا معدلا يأخذ في الاعتبار الظروف السائدة، وعلى الملتزم في الوقت نفسه أن يبلغ المالك الخطوات المقترحة لزيادة معدلات التنفيذ بغرض إنجاز العمل خلال فترة الإنجاز المحددة.

الإنهاء بسبب القوة القاهرة : للجهة مانحة الامتياز أن تختار إنهاء الاتفاق وتعويض الملتزم عن ما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء ، وذلك على النحو المبين بالمادة (١٢) من العقد (٣٠٣).

وجدير بالذكر أن المادة (١٧) من العقد تضمنت التزام المالك بمنح الملتزم حق دخول الموقع وحيازته مع بيان الآثار المترتبة على عدم التنفيذ كما احتوت المادة (١) من العقد تعريفا للمصطلحات المستخدمة في العقد وما تحمله من معان ورد بياتها في الملحق رقم (٣) التعاريف. (٣٠٤)

و- يحق للمالك في أي وقت كان - لسبب من أسباب القوة القاهرة - أو لأي سبب يعتبره المالك مهما أن يطلب من الملتزم إيقاف أعمال البناء في المشروع أو في جزء منه ، وإذا تم إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلى الملتزم ، = فلا يحق له أي طلب تمديد في مدة إنجاز المشروع لكن إذا حدث إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلى المالك .. يحق عندها للملتزم تمديد مدة المشروع لفترة ماثلة لمدة الإيقاف .

(٣٠٣) المادة (١٢) من العقد الإنهاء بسبب القوة القاهرة : "للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة، وعليها أن تعرض الملتزم عما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء، وكذلك عن جميع المطالبات التي قد توجه للملتزم من أي أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك الإنهاء وعلى الملتزم أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير." ،،، وتنص المادة (١٧) من العقد بأن يمنح المالك للملتزم خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على هذا العقد الحق بدخول الموقع وحيازته بغرض تنفيذ التزاماته التي ينص عليها هذا العقد دون قيد ليتمكن من مباشرة أعمال البناء التي ينص عليها هذا العقد ولينشئ أعمال البناء المؤقتة اللازمة، وفي حالة تأخير تسليم الموقع بسبب المالك فإنه تتم موافقة المالك على تمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير في تسليم الموقع.

(٣٠٤) المادة (١) التعاريف: تحمل المصطلحات المستخدمة المعاني السندة إليها على النحو الوارد بالملحق (٣) ما لم يقتض السياق خلاف ذلك.

ملحق رقم ٣ التعاريف: يقصد لأغراض هذا العقد بالمصطلحات والعبارات الآتية المعنى المبين قرين كل من :
المطار: مطار مرسى علم الدولي الذي يتم إنشائه في المساحة تحته والمصدق عليها من مجلس الوزراء على ساحل البحر الأحمر في ج.م.ع على بعد حوالي ٦٠ كيلو مترا شمال مرسى علم في الموقع المحدد بالملحق رقم ٤.
المالك : يحمل المعنى المذكور في مقدمه هذا العقد ، المستثمر: يحمل المعنى المذكور في مقدمه هذا العقد .
العرض : وهو العرض المقدم من الشركة في ٢٠/١٠/١٩٩٦ والخطاب بتاريخ ٩/١٢/١٩٩٦ .
العقد : هذا العقد وشروط المناقصة والعرض ، والتصميم والملاحق وأي تعديلات أخرى يتم الاتفاق عليها.
التصميم: الرسومات والمواصفات الخاصة بالتصميم الصادرة عن المستثمر وبوافق عليها المالك أو كما يتم تعديلها من وقت إلى آخر بموافقة الطرفين .

مدة الإنشاء: تعني الوقت المحدد لاستكمال بناء المشروع واجتياز الاختبارات الخاصة بذلك.

فترة الالتزام : هي مدة الالتزام التي يمنحها هذا العقد للمستثمر.

مستندات البناء: وتعني جميع المخططات والحسابات والبرامج وكميات التشريعات والصيانة وغيرها.

المشروع: ويعني بناء وتشغيل وإدارة وتسليم المطار.

" حقوق المتعاقد في تنفيذ عقد الامتياز و امتياز الـ B.O.T "

تمهيد وتقسيم:

إن حقوق المتعاقد في عقد الامتياز تشكل في ذات الوقت التزامات جهة الإدارة في مواجهته، وترتكز المبادئ التي تحكم تنفيذ العقد في التوفيق بين اعتبارين " أولهما : دور الإرادة في مجال إبرام عقد الامتياز وفي تنفيذه وانقضائه، ثانيهما : الخصائص الذاتية لعقد الامتياز، والدور الذي تلعبه فكرة النفع العام في منح الإدارة سلطات واسعة في مواجهة الملزم.

والمسلم أن الاعتبار الثقي له الغلبة وذلك للأثر الملموس لفكرة النفع العام كغاية تسعى الإدارة لتحقيقها في عقد الامتياز - ولهذا يختلف وضع الملزم عن وضع المتعاقد في العقود الإدارية الأخرى حيث يخضع الملزم لقواعد أشد صرامة ،،، ومع التسليم بظلمة الاعتبار الثاني - إلا أن الخط العريض للأسس التي تحكم حقوق الملزم في عقد الامتياز تتمثل في الرضائية وما تحمله من القوة الملزمة للعقد فالملزم يستمد حقوقه من نصوص العقد أما الإدارة فتستمد حقوقها أو "سلطاتها" من فكرة النفع العام ،،، وبذلك فإن التزامات جهة الإدارة تمثل في ذات الوقت حقوق الملزم في مواجهتها ، ويعد عقد الامتياز هو الأساس القانوني الذي يستمد منه الملزم حقوقه ومن أبرزها :

* حق الملزم في احترام جهة الإدارة لالتزاماتها الناشئة عن العقد .

* حق الملزم في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه في العقد .

* حق الملزم في إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز .

ومن المسلم أن اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز أمر يفرض على الإدارة إعادة التوازن إلى حالته الطبيعية حتى يسترد الملزم حقه أما إذا نجم الاختلال بفعل

أعمال البناء: وتعني أعمال البناء المتعلقة بالمشروع والتي على المستثمر إنجازها وفقا لهذا العقد.

للمعدات : وتعني الآلات والأجهزة التي يتوجب على المستثمر أن يوفرها للمشروع وفقا لهذا العقد. =

"حق الانتفاع: مقابل منح المستثمر حق الانتفاع بالمطار خلال فترة الالتزام.

الأرض : المخصصة للمستثمر كما هي محددة بقرار مجلس الوزراء.

١-وم: يعني يوما ضمن أيام متتابعة لا يقطعها أيام إجازات نهاية الأسبوع أو الإجازات الأخرى.

الملتزم، وجب عليه إعادة التوازن إلى نصابه لتستعيد الإدارة حقها هي الأخرى، فالعلاقة بينهما في هذا النطاق علاقة تبادلية في الحقوق والالتزامات ، وتقتضي اعتبارات العدالة والنفع العام أن تتوازن هذه العلاقة حين تميل كفة الميزان لصالح أحد طرفي الرابطة العقدية.

لذا فإن إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز يكون حقا للمتعاقد ، والتزاما في جانب الإدارة أحيانا، وقد يصير حقا لها والتزاما على المتعاقد أحيانا أخرى ، ونظرا لأهمية موضوع التوازن المالي في عقد الامتياز فقد تم ترتيب موقع دراسته في مبحث مستقل ، ونتعرض هنا لدراسة أهم حقوق الملتزم المبينة فيما يلي:

الفرع الأول

" حق الملتزم في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه

في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*"

الفرع الثاني

" حق الملتزم في احترام جهة الإدارة التزاماتها الناشئة

عن عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*"

الفرع الأول

" حق الملتزم في الحصول على المقابل المالي في عقد الامتياز وامتيار ال B.O.T "

تمهيد وتقسيم:

يمثل المقابل المالي الباعث والدافع الحقيقي من إبرام عقد امتياز المرفق العام، ويحصل الملتزم على هذا المقابل في صورة "رسوم" يتقاضاها من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز، وتتحدد الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بهذا المقابل - كقاعدة عامة - بأنها من قبيل الشروط اللاحقة بحيث تستطيع الإدارة تعديل المقابل المالي "الرسم" المستحق للملتزم بإرادتها المنفردة.

وجرى العرف على تسمية المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم في عقد امتياز المرفق العام باسم "إتاوة" وهي القيمة السعريه التي يأن ماتح الامتياز للملتزم بتحصيلها من الأشخاص المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ويطلق عليه بالفرنسية اصطلاح "taxe" (٢٠٠) وهناك رأيان حول الطبيعة القانونية للرسم: رأي الأغلبية يسلم بالطبيعة اللاحقة للشروط المتعلقة بالرسم، ورأي الأقلية يأخذ بفكرة الطبيعة المزدوجة للشروط المتعلقة بالرسم ويميز بين حالتين :

الأولى في علاقة كل من الإدارة والملتزم بالمنتفعين تكون الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات طبيعة لاحقة مما يحتم على الإدارة التدخل في مجال تعريف الأسعار باعتبارها القوامه على تحقيق النفع العام.

والثانية في علاقة الإدارة بالملتزم تكون الشروط المتعلقة بتحديد الرسم ذات صفه تعاقدية ويستحيل على الإدارة أن تنفرد بتعديله (٢٠١).

وقد حدد المشرع المصري الطبيعة القانونية للشروط المتعلقة بالرسم أنها ذات طبيعة لاحقة بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ونصها أن "لماتح الالتزام دائما متى اقتضت المنفعة العامة ذلك أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله ويوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".

(٢٠٠) أ. د. الطماوى في العقود ص ٥٤٧ وتوضح بأن المقابل المالي أصبح رسماً تميزاً له عن الثمن أو الأجر أو الفائدة في العقود الأخرى.

(٢٠١) انظر أ. د. محمد سعيد في الأحكام العامة ورسالة الدكتوراه المرجع السابق ص ٥٤٨ كما تراجع المؤلفات الفقهية والأحكام القضائية المشار إليها في هوامش تلك الصفحات ومؤلف سيادته مرجع سابق المبادئ العامة ص ٢٤٧.

ولما كان الرسم يمثل أهم حقوق الملتزم والقاعدة العامة أن جهة الإدارة لها مطلق الحرية في تعديل هذا المقابل المالي بمفردها ، لذا يلزم إلقاء الضوء على الأحكام المنظمة للرسم من حيث تحديده وتعديله في كل من عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* فيما يلي:

أولا

" القواعد العامة في تحديد الرسم "

ثانيا

" القواعد العامة في تعديل الرسم "

ثالثا

" أحكام تحديد وتعديل الرسم في عقد امتياز الـ *B.O.T.* "

أولاً " القواعد العامة في تحديد الرسم " :

تتضمن وثيقة عقد الامتياز بوجه خاص قواعد تحديد الرسم المقرر للملتزم ، والقيود التي ترد على حرية الإدارة والملتزم في شأن تحديد الرسم فيما يلي:-

* قواعد تحديد الرسم بمقتضى وثيقة الامتياز: تتضمن عقود الامتياز ولفتر الشروط الملحقة وضع ضوابط وأسس تحديد الرسوم المقررة، ويتسم تحديدها بالأسلوب التعاقدى لاحتواء شروطها على عناصر مختلفة ومتشابهة، فالتعريف العامة للأسعار تشمل عناصر ثابتة وأخرى متغيرة وذلك بما تحويه عقود الامتياز من شروط تجيز للجهة مانحة الامتياز إعادة النظر في قوائم الأسعار على ضوء الظروف المتوقعة وغير المتوقعة وعادة ما يميل التحديد إلى المرونة بوضع الحد الأقصى للرسم بحيث لا يجوز للملتزم تخطيه مع تركه حراً في هذا النطاق ، كما توجد قيود على حرية كل من الإدارة والملتزم في تحديد الرسم تنحصر في قنين أساسيين هما:

القيد الأول : التدخل التشريعي في مجال تحديد الرسم : قد يحدد المشرع صراحة السعر الذي يتعين أن تقدم على أساسه الخدمة للمنتفعين بالمرفق العام مثل تحديد سعر الكهرباء والغاز والمفر... الخ ، وحينئذ لا يمكن لكل من الإدارة والملتزم مجتمعين ، أو منفردين الخروج على القيود التشريعية المقررة في هذا الشأن وقد تدخل المشرع المصري في تحديد الرسم بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة حيث نصت المادة الثالثة منه على أنه : "لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية في صافي أرباح استغلال المرفق العام عشرة في المائة من رأس المال الموظف والمرخص به من مانح الالتزام وفلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال وما زاد على ذلك من صافي الأرباح يستخدم أولاً في تكوين احتياطي خاص للسنوات التي تقل فيها الأرباح عن ١٠% وتقف زيادة هذا الاحتياطي متى بلغ ما يوازي ١٠% من رأس المال ويستخدم ما يتبقى من هذا الزائد في تحسين وتوسيع المرفق العام أو في خفض الأسعار حسبما يرى مانح الالتزام"

وقد بررت المذكرة اعتباراً للقانون وضع حد أقصى لأرباح الملتزم بأنه لا يجوز أن يطمع كما هو الحال في المشروعات الصناعية أو التجارية في أرباح غير محدودة فإن استغلال المرفق العام ليست له صفة المضاربة التي تكون لمثل تلك

المشروعات والملتزم يتمتع بمركز ممتاز وله غالباً احتكاراً بحكم القانون أو الواقع يقبه المنافسة وأن نظرية الظروف غير المتوقعة التي تقررها المادة الخامسة تجعل الملتزم بمنجاة من الأخطار الكبرى .

وفي مقام تفسير ما ورد بالمادة الثالثة فيما يتعلق بتوزيع فائض الأرباح إذا بلغ الاحتياطي المذكور عشر رأس المال الموظف جاز أن يقسم فائض الأرباح بين الملتزم وماتح الالتزام وفقاً لنسب تبين في عقد الامتياز أو أن تستخدم في تحسين وتوسيع المرفق أو في خفض الأسعار^(٣٠٧).

القيد الثاني: احترام مبدأ المساواة في الرسوم بين المنتفعين : يمثل مبدأ المساواة إحدى القواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة ، وذلك بضرورة التسوية في الرسوم بين المنتفعين جميعاً،^(٣٠٨) والمقصود بالمساواة هو توحيد المعاملة بين المنتفعين متى تماثلت الظروف ، ويحدث التمييز في المعاملة حال اختلاف الظروف فيما بينهم، ويستهدف المبدأ منع الملتزم من منح امتيازات لبعض المنتفعين دون أساس أو سند معقول ، ورفض التمييز في المعاملة بين المنتفعين في الأوضاع التالية :

تغيير سعر الكهرباء وفقاً لمساحة أملاك المنتفع ،، تغيير سعر توريد المياه وفقاً لمدى حجم استهلاك الفئائق والمطاعم والمقاهي ،، تحديد سعر البيع بما يقيم تمييزاً بين المصانع المنشأة قبل تاريخ معين أو بعده^(٣٠٩).

^(٣٠٧) استقر رأى الفقه الفرنسي أخيراً على أنه بالنظر إلى ما يحويه التزام المرافق العامة من صيغة المصلحة العامة وما له من وثيق الصلة بما أمر لا يميز للملتزم بأن يبنى من استغلالها أرباحاً باهظة يقع ضررها بالأخص على كاهل المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز- وانظر أ.د. محمد سعيد الأحكام العامة ص ٣٨١.

^(٣٠٨) ورد في تطبيق لقاعدة المساواة بين المنتفعين في القانون المدني المصري نص المادة ٦٧ منه على أنه: إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه سواء في الخلفيات أو تقاضى الأجور ، ولا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة تنطوي على تخفيض الأجور أو الإعفاء منها على أن ينفع بهذه المعاملة . من يطلب ذلك ممن توافرت فيه شروطا يعينها الملتزم بوجه عام، ولكن المساواة تحرم على الملتزم أن يمنح أحد عملائه ميزات يرفض منحها للآخرين.

وكل تمييز يمنح على خلاف ما تقتضيه الفقرة السابقة يوجب على الملتزم أن يعرض الضرر الذي قد يصيب الغير من جراء ما يترتب على هذا التمييز من إخلال بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة.

^(٣٠٩) أستاذنا العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٥٥١- الأحكام مشار إليها في هامش الصفحة.

والحقيقة أن التمييز بين المنتفعين في تلك الأمثلة يفتقر إلى
الأساس الموضوعي المحقول ذلك أن اختلاف الرسم على هذا الوجه مناه
الاعتبار الشخصي للمنتفع وحالته المالية وهذا أمر يجافي المفهوم الحقيقي
لمبدأ المساواة بين المنتفعين .

ثانيا " القواعد العامة في تعديل الرسم " :

تثير القواعد العامة في تعديل الرسم مسألتين هما : السلطة المختصة بتعديل
الرسم ، وأساليب تعديله :-

* السلطة المختصة بتعديل الرسم : يمارسها قاضي العقد، والملتزم، والجهة الماتحة.
(١) سلطة قاضي العقد : من المعلوم أن العقد شريعة المتعاقدين والشروط الواردة
به في خصوص المقابل المالي تتسم بحسب الأصل بالطابع التعاقدية ، فليس لقاضي
العقد أن يتناولها بالتعديل ، وقد كانت محلا لرضاء طرفي الرابطة العقدية لهذا قرر
مجلس الدولة الفرنسي "أن قاضي العقد لا يملك المساس بالشروط المتعلقة بالرسم
بهدف تعديل أحكامها ، ومن الطبيعي أن يكون تدخله جائزا إذا ما تعلق الأمر بتطبيق
أحد الشروط الواردة بالعقد وكانت وثيقة الامتياز تتضمن القواعد الواجبة الإتباع عند
إعادة النظر في قوائم الأسعار بسبب تغير الظروف ونشوء خلاف بين المتعاقدين
حول تطبيق هذه الشروط ، حينئذ يكون حكم القاضي في شأن ذلك متفقا وصحيح
حكم القانون " .

(٢) حق الملتزم : يلتزم المتعاقد بقوائم الأسعار المحددة في وثيقة الامتياز ودفاتر
الشروط الملحقة بها ، وليس له أن يعدل في الرسم دون موافقة الجهة ماتحة
الامتياز، ذلك ما لم تتضمن الوثائق نصوصا تخول الملتزم الحق في زيادة الرسوم
المقررة بنسب معينة حسب ضوابط خاصة .

(٣) سلطة الجهة ماتحة الامتياز : إذا تضمن عقد الامتياز نصوصا لا تجيز للملتزم
المطالبة بالحصول على أكثر من الرسم المحدد ثم نشأت ظروف جديدة تستوجب
التعديل فإن جهة الإدارة تستطيع بالاتفاق مع الملتزم تعديل الرسم بالزيادة بمراعاة
الإجراءات المقررة ، ويثور في هذا المقام سؤالان:

السؤال الأول: ما مدى سلطة الجهة ماثحة الامتياز في رفض طلب زيادة الرسم؟
ويجب الفقيه "دي لوبادير" بالإيجاب فجهة الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في رفض طلب الملتزم بزيادة الرسم المقرر في عقد الامتياز ، ويحد من هذه السلطة ما قد يرد في العقد من نصوص كتغيير الأسعار وفقا لتغير الظروف أو إذا ضمنت الإدارة للملتزم أن يغل المرفق نسبة معينة من الأرباح فحينئذ يتعين على جهة الإدارة أن توافق على زيادة الرسم بما يحقق له تلك النسبة إلا إذا رغبت أن تتحمل هذا الفرق .
وفي حالة رفض الإدارة الموافقة على زيادة الرسم - فلا يستطيع قاضي العقد أن يقوم مقام الإدارة في ذلك ، أو أن يعدل الشروط الخاصة بالرسم رغم إرادة الجهة الماثحة ، أما إذا كان إصرارها على الرفض تصفا بدون إبداء أسباب معقولة فقد يؤدي ذلك إلى الحكم بالتعويض على أساس ركن الخطأ^(٣١٠).

السؤال الثاني: ما مدى سلطة الجهة الماثحة في تعديل الرسم بإرادتها المنفردة ؟
ينقسم الفقه الفرنسي إلى رأيين أساسيين أولهما: رأي الغالبية يسلم بالصفة اللاحقة للشروط المتعلقة بالرسم مما يخول الجهة الماثحة سلطة التعديل المنفرد لتلك الشروط رغما عن إرادة الملتزم والرأي الثاني: رأي الأقلية ويتجه إلى إسباغ الصفة التعاقدية على الشروط المتعلقة بالرسم وبالتالي ينكر على الجهة الماثحة إجراء أي تعديل في الرسم دون موافقة الملتزم^(٣١١).

أما اتجاه القضاء الفرنسي فهو على عكس الرأي الغالب في الفقه الفرنسي - يسلم بالصفة التعاقدية للشروط المتصلة بتحديد الرسم، ويرفض الاعتداد للجهة ماثحة الامتياز الانفراد بتعديل الرسم دون موافقة الملتزم.

ومن أهم المبادئ التي أرسنها الأحكام القضائية: أن للجهة الماثحة حق التدخل بين الملتزم و المنتفعين حول أسس حساب الرسوم المقررة بهدف ضمان احترام الشروط الواردة بالعقد، وليس من قبيل فرض تعديلات لم تكن محل اتفاق،،، وفي حالة عدم الاتفاق بين الجهة ماثحة الامتياز والملتزم على إعادة النظر

^(٣١٠) استاذنا العبد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٥٥٢، ٥٥٣.

^(٣١١) المرجع السابق ص ٥٤٨ "وكننا ينتهي هذا الرأي إلى ازدواج طبيعة هذه الشروط ".

في الرسوم ، فإن أسس إعادة النظر فيها يتم طبقا لما هو متبع في دفاتر الشروط العامة إذ لا تملك الجهة الماتحة تخفيض الرسوم المقررة بما يخالف العقد .

ولا ريب أن المبادئ القضائية المشار إليها تعبر في وضوح عن احترام مقتضيات الطابع التعاقدى فيما يخص المقابل المالى المقرر للملتزم لكونه يمثل أهم حقوقه على الإطلاق ، وإن كانت الجهة ماتحة الامتياز في مصر لها الحق في تعديل الرسم بإرادتها المنفردة بمقتضى القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ ذلك بالنسبة لعقود الامتياز الخاضعة لأحكامه.

*** الأساليب المتبعة في تعديل الرسم:** وتنحصر في أسلوبين رئيسيين:

(١) الأسلوب الاتفاقى : للجهة ماتحة الامتياز أن تتفق مع الملتزم على تعديل الرسم، وفق ما تحويه وثيقة العقد من شروط وقواعد تجيز مراجعة الأسعار وإعادة النظر فيها تبعا لتغير الظروف المتوقعة أو غير المتوقعة.

(٢) الأسلوب التشريعى : يتدخل المشرع بطريق مباشر أو غير مباشر في تعديل الرسوم ، في ظل سياسة توجيه الأسعار التي تنتهجها معظم الدول حفاظا على النفع العام ، وصالح المنتفعين ، ويتم تدخل المشرع في مجال تعديل الرسم إما بصورة مباشرة أو بصورة غير مباشرة:

(أ) التدخل المباشر : من أبرز مظاهر التدخل المباشر من جانب المشرع في مجال تعديل الرسم هو المرسوم بقانون الصادر في ١٦ يوليو ١٩٣٥ في فرنسا والذي قرر تخفيض أسعار الإنارة حماية للمنتفعين .

(ب) التدخل غير المباشر : قد يخول المشرع الجهة ماتحة الامتياز سلطة تعديل الرسوم السابق الاتفاق عليها حيث يكون لجهة الإدارة بمقتضى هذه السلطة الحق في فرض رسوم جديدة أو تعديل الرسوم القائمة، وذلك دون أن تشكل نصوص عقد الامتياز عقبة في هذا الخصوص ، ولا يعد ذلك من قبيل التعديل المنفرد الذي يجريه أحد طرفي الرابطة العقدية بإرادته المنفردة دون رضا الطرف الآخر، فالإدارة لا تقوم بالتعديل في هذا الفرض بمحض اختيارها، وإنما تلتزم بتنفيذ إرادة المشرع في هذا الشأن.

وتبدو مظاهر التدخل غير مباشر من جانب المشرع المصري في مجال تعديل الرسم واضحة من خلال نص "مادتين الثانية والخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة فيمقتضى نص المادة الثانية من هذا القانون يكون لماتح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام ، وبموجب المادة الخامسة " لماتح الالتزام دائما متى اقتضت المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام أو قواعد استغلاله، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به، ونلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل".

وقد تضمنت المذكرة الإيضاحية للقانون مبررات مبدأ إعادة النظر في قوائم الأسعار الوارد في هذه المادة بالقول أنه إذا كان الالتزام لمدة طويلة فإنه يتعذر منذ بدء الالتزام تحديد قوائم الأسعار على وجه ثابت لا يتغير، ومن الحائز بعد مضي وقت معين أن تصبح تلك الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية الراهنة إما لأنها لا تكون كافية لجزاء الملتزم، وإما لأنها تنقلب عينا ثقلًا يسهل كاهل المنتفعين بالمرفق العام.

ولهذا تقرر مبدأ إعادة النظر الدوري في الأسعار كقاعدة عامه في المادة الخامسة وترك تحديد ضوابط تطبيقها بحسب طبائع الالتزامات وبذلك يمكن تحقيق تناسب شبه آلي بين الأسعار والأحوال الاقتصادية العامة القائمة في وقت معين ويكون ذلك التناسب تارة في مصلحة الملتزم حيث تقضى إعادة النظر إلى زيادة الأسعار ، وتارة في مصلحة المنتفعين إذا أدت تلك الإعادة إلى خفضها بسبب نقص تكاليف العمل عند القيام بها^(٢١٢).

ويسلم غالبية الفقه الفرنسي بالطبيعة اللاحية للشروط المتعلقة بتحديد الرسم ، ويرتب على تلك الطبيعة اللاحية نتيجة هامة مؤداها تخويل جهة الإدارة الحق في تعديل الرسم بإرادتها المنفردة استنادا إلى اتصال عقد الامتياز بالمرفق العام ، وتعلق الرسم بصالح المنتفعين ، وذلك بما يحتم سيطرة الجهة ماتحة الامتياز على القواعد المتصلة بتحديد وتعديل الرسم.

(٢١٢) أ. د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٣٩٤ وما بعدها.

أما بالنسبة لاتجاه القضاء الفرنسي ، فقد أقر - عكس الرأي الغالب في الفقه- بالطبيعة التعاقدية للشروط المتصلة بتحديد وتعديل الرسم ، باعتبار أن الرسم يمثل المقابل المالي للمتعاقد في مجال عقود الامتياز ، وأن الشروط المتصلة بهذا المقابل تعد بحسب الأصل ذات طبيعة تعاقدية ، ولأن المقابل المالي يمثل أهم حقوق المتعاقد على الإطلاق. لذا فإن أي مساس به ينبغي أن يكون وليد اتفاق بين الإدارة والمتعاقد فلا تستقل جهة الإدارة وحدها بتعديل هذا المقابل دون رضاء المتعاقد.

وفي مقام التطبيق على الآراء والاتجاهات السابقة للفقه والقضاء الفرنسي في خصوص الطبيعة القانونية أشار أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين إلى تحفظ جوهرى يقوم على اعتبارين أساسيين:

الاعتبار الأول: يتمثل في ضرورة التمييز بين المنشأ الاتفاقي للقواعد المتصلة بتحديد الرسم ، وبين الطبيعة القانونية لتلك القواعد . فإذا كانت الشروط المتعلقة بالرسم واردة في صلب وثيقة الامتياز وصادفت قبولا من جانب الملتزم ، فإنها تكون بلا شك ذات مصدر أو منشأ اتفاقي.

الاعتبار الثاني: أنه مع عدم وجود نص تشريعي في فرنسا يحسم الطبيعة اللاحقة للشروط المتعلقة بالرسم على غرار القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ في مصر ، ومع وجود أحكام قضائية صريحة لمجلس الدولة الفرنسي تقرر الطبيعة التعاقدية للشروط المتصلة بتحديد وتعديل الرسم ، فإنه يصعب التسليم بالطبيعة اللاحقة للشروط المتعلقة بالرسم (٣١٢).

وفيما يتعلق بأثر التشريعات و اللوائح في شأن تعديل عقود الامتياز الجاري تنفيذها أي المبرمة قبل صدور تشريع أو لائحة جديدة . فقد حسم المجلس الدستوري الفرنسي ومجلس الدولة الفرنسي هذا الأمر بأن التشريع فقط هو الذي يمكن أن يؤثر على العقود الجاري تنفيذها بموجب نص الدستور ، وذلك بشرط أن يحصل التشريع الجديد على موافقة أغلبية ثلثي أعضاء (البرلمان) حتى يكون لهذا

(٣١٢) د. محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٣٩٦ وما بعدها وتراجع رسالة الدكتوراه المرجع السابق ص ٥٧٨ وما بعدها وكذا المراجع الفقهية المشار إليها في هامش تلك الصفحات.

التشريع أثر رجعي في غير المواد الجنائية ، وعلى أن يكون النص على رجعية أحكام القانون واضحا وصريحا . أما اللوائح فلا يمكن أن يكون لها أثر رجعي (٣١٤).

ثالثا أحكام تحديد وتعديل الرسم في عقد امتياز الـ B.O.T. :

تسرى الأحكام والمبادئ العامة سالفة البيان في البندين أولا وثانيا على عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. ، وقد تضمنت هذه العقود الأحكام المتعلقة بتحديد وتعديل الرسم ومقابل فئات الخدمات ونسبة ما يعود منها للجهة الإدارية المالكة والمبينة في المادة (٣) بنود ٦، ٧، ٨، ١٣، وبالملاحق أرقام ٢٣، ٢٤، ٢٥ المرفقة بالعقد ، وهي ذات طبيعة اتفاقية (٣١٥) :

(٣١٤) انظر أ.د. /سعاد الشرقاوى "تنفيذ العقود الإدارية" ١٩٩٨ ص ٤٥، ٤٦ ، وأنظر دى لوبادير - المرجع السابق ٧٢٦ ، وراجع مؤلف أ.د. ربيع أنور فتح الباب " الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستوري في فرنسا " ص ١٤١ وما بعدها دار النهضة العربية عام ٢٠٠٠

(٣١٥) انظر الوقائع المصرية المرجع السابق ص ٩، ١٠، ١١، ١٤، ٧٥، ٧٦

المادة ٣-ج إدارة وتشغيل المطار -البند (٦) يتولى المستثمر تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانزعاض والأشغال والاستغلال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء بالفئات ووفقا للآلية التي يتم تحديدها بالملاحق رقم (٢٣). - البند (٧) يكون تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحة بالمطار مسئولية المالك وعليه تخصيص العدد الكافي من العاملين ذوى التأهيل والخبرة المناسبين لذلك التشغيل طبقا للمراحل المختلفة لتطوير المطار ووفقا للأسلوب والشروط التي تم تحديدها بالملاحق (٢٢) ، ويكون المالك مسئولا عن تنظيم حركة الطائرات في نطاق المطار وأثناء إقلاعها وهبوطها وتحركها على أرض المطار، وذلك توجيدا للمسئولية عن سلامة تلك الحركة، ويلتزم المالك بتحمل المسئولية عن أية أضرار قد تلحق بالملتزم أو بالغير من جراء قيامه بتشغيل برج المراقبة. - البند (٨) يتعهد الملتزم بأن يدفع للمالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحة على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملاحق رقم (٢٤). - البند (١٣) يتعهد الملتزم أن يدفع للمالك نسبة من عائد جميع استثماراته بالمطار، وذلك على نحو ما هو محدد بالملاحق (٢٥).

الملاحق (٢٣) مقابل الخدمات والدخول والتراخيص فئات وآلية تحصيل مقابل الخدمات.

١- يتولى المستثمر تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانزعاض والأشغال وقيمة استهلاك المياه والكهرباء (المادة ٥)-د وإدارة وتشغيل المطار-البند ٦ من اتفاق إطار التعاقد.

٢- يتضمن مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانزعاض والأشغال جميع المكونات الواردة في القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته بخصوص رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوي وأشغال وأراضى المسوانى الجوية ، ويتضمن المقابل ما يقترحه المستثمر من مكونات ، مع الالتزام بالقوانين المصرية.

٣- يقدم المستثمر إلى المالك قبل ثلاثة اشهر من بدء تشغيل المطار ثم في أول أكتوبر من كل سنة ميلادية تالية، بيان عن الفئات التي ستقوم بتحصيلها بالنسبة لجميع أنواع الرسوم، ويكون هذا البيان هو ما يطلبه المستثمر تنفيذه في السنة الميلادية التالية.

وفى واقع الحال يزداد حرص الجهة الماتحة نحو التزام جانب الحفاظ على استقرار مستوى أسعار توزيع الطاقة والمياه لمشروعات البنية الأساسية بالنسبة لذوى الدخل المحدود، وتقضي عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* في مجال الطيران المدني على أن المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم هو وليد اتفاق بين الجهة الماتحة والملتزم فلا يستقل أحدهما بتعديله دون رضا الطرف الآخر.

والحقيقة أن زيادة الرسوم وفئات الخدمات قد يصور في مجال الطيران، ولكن الدولة لم تتحرك أمر تجديد وتعديل المقابل لإرادة الملتزم وحده من واقع حرصها الشديد في الحفاظ على أبعاد وتوازن عدة عوامل في مجال التنمية الاقتصادية بوجه عام والنشاط السياحي بوجه خاص أهم وأحد من مجرد الحصول على نسبة أعلى من عائد الاستثمار في هذا المجال.

٤- يعلن المستثمر عن مكونات وفئات الخدمات للمسافرين قبل شهر من بدء تشغيل المطار، ثم في أول ديسمبر من كل سنة ميلادية تالية، ٥- ويحق للمستثمر إضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك، والإعلان عنها قبل نفاذها بفترة لا تقل عن شهر.

الملحق (٢٤) قواعد حساب مقابل تشغيل برج المراقبة والمساعدات الملاحية:-

١- يدفع المستثمر إلى المالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية على النحو التالي:-

- نسبة ٥% من قيمة عائد تشغيل البرج في السنة الأولى من بداية التشغيل، و ١٠% من قيمة عائد التشغيل في السنة الثانية، و ١٥% من قيمة عائد التشغيل اعتبارا من السنة الثالثة وحتى انتهاء مدة الامتياز (وبعد أدنى قيمة أجور ومكافآت وحوافز جهاز التشغيل من قبل المالك)

٢- يقصد بعائد تشغيل البرج والمساعدات الملاحية رسوم الخدمات الملاحية بالمطار.

٣- يدفع المستثمر إلى المالك مقابل تشغيل برج المراقبة والمساعدات الملاحية شهريا على أساس الموازنة الموضوعة لذلك، ويتم عمل تسوية للمستحقات كل ٣ شهور.

٤- يقصد بأجور ومكافآت وحوافز جهاز التشغيل من قبل المالك (هيئة الطيران المدني) مجموع ما يتقاضاه الموظف خلال السنة المالية في حال تواجده للعمل في القاهرة مضافا إليه نسبة (١٠٠%).

٥- يكون عدد الموظفين المكلفين من قبل الهيئة مناسبة للحركة الجوية وأسوة بالأعداد المناظرة في مطار الفردقة.

الملحق (٢٥) ما يعود لهيئة الطيران المدني من عائد الاستثمارات مقابل حق الاستغلال نسبة قدرها ٣% من قيمة العائد السنوي من الإيراد لجميع الاستثمارات بالمطار بعد فترة سماح خمس سنوات من بدء التشغيل تزداد بمعدل ١% كل خمس سنوات وذلك لحين انتهاء فترة الامتياز، وعلى المستثمر أن يخطر المالك في نهاية كل سنة ميلادية ببيان عن إيرادات المطار مصنفة إلى نوعيات، ونصيب المالك منها. وعلى المستثمر أن يرسل مع البيان المشار إليه عاليه شيك مقبول الدفع بنصيب المالك من الإيرادات.

الفرع الثاني
حق الملتزم في أن تحترم جهة الإدارة
التزاماتها الناشئة عن عقد الامتياز
وامتياز الـ B.O.T.

من المسلم أن الإدارة تتمتع بسلطة تعديل بعض شروط العقد بإرادتها المنفردة، و هذا الحق لا يتعارض البتة مع ما يتضمنه عقد الامتياز من قوة ملزمة بوصفه عقدا رضائيا وبمقتضاه تلتزم الإدارة باحترام التزاماتها التعاقدية، وخضوعها للجزاء عند مخالفه شروط التعاقد ، ونتعرض لدراسة هذا الحق وطبيعة الجزاء الموقع على الإدارة عند مخالفة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T.

أولا

احترام الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T.

ثانيا

جزاء مخالفة الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T.

ثالثا

طبيعة جزاء مخالفة الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T.

أولاً. احترام الإدارة التزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T.:

من أبرز التزامات الإدارة في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T. احترام الأحكام والمبادئ العامة التالية:

(١) التزام الإدارة بالعمل على تنفيذ العقد بمجرد إبرامه: من أولى الالتزامات المفروضة على جهة الإدارة في هذا الشأن هو العمل على تنفيذ عقد الامتياز بمجرد إبرامه ، ولا يحق لها أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات وإلا تعرضت للمسئولية التعاقدية.

(٢) التزام الإدارة باحترام كافة الشروط الواردة بالعقد: تلتزم الإدارة عند تنفيذ العقد الإداري باحترام كافة الشروط الواردة به ، وفي هذا المعنى قضت المحكمة الإدارية العليا أنه: "طبقاً لما تقضى به المادة ١٤٨ من القانون المدني ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وهذا مبدأ مسلم به في مجالات روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص" (٣١٦)

ومن الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها في هذا الصدد شرط عدم المنافسة في عقود الامتياز (٣١٧) إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بدل الغاز أو الأتوبيس محل الترام (٣١٨).

(٣) التزام الإدارة باحترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد: الثابت أن العقد الإداري رابطة قانونية أساسها حسن النية وهي أصل عام من أصول القانون ، فينطبق هذا الأصل على العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على المصالح الخاصة

(٣١٦) جلسة ١١ أبريل ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام السنة الخامسة عشرة ص ٢٦٥.

(٣١٧) تراجع حكم محكمة القضاء الإداري في ١١ مارس ١٩٥٦ ، مجموعة الأحكام السنة العاشرة ، ص ٢٣٩.

(٣١٨) استاذنا الدكتور الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق ص ٥١٤.

٤/ التزام الإدارة بتنفيذ موضوع العقد بأكمله: تلتزم الإدارة بتنفيذ موضوع العقد بأكمله وإن كان من حقها أن تنقص أو تزيد فيه إعمالا لسلطانها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها في حدود معينة.

ثانيا. جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية في عقد الامتياز وامتياز ال B.O.T. (٣١٩) :

إن جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T. تنحصر أساسا في صورتين هما (٣٢٠): التعويض والفسخ.

* التعويض: يعد التعويض الجزاء الأصيل في مجال مسؤولية الإدارة التعاقدية، ويتفق هذا الجزاء مع الهدف الذي يسعى إليه الملتزم من وراء إبرام عقده في المقام الأول وهو تحقيق الربح ، لذلك فإن تعويض الملتزم عما لحقه من خسائر مادية بسبب خطأ الإدارة يكون دائما الهدف الذي يتغياه القاضي الفرنسي في الحكم على الإدارة بالتعويض،،،،، ويقدر التعويض على الأسس المدنية باعتبار أنها تمثل القواعد العامة مع مراعاة دور كل من طرفي الرابطة العقدية في ارتكاب الخطأ، بحيث إذا كان الخطأ مشتركا تحمل كل من الطرفين نصيبه فيه (٣٢١).

فإذا كان الملتزم يستحق تعويضا عن الأضرار التي تصيبه نتيجة مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يميز الفقيه "بيكينو" فيما يتعلق بعبء إثبات هذا الضرر بين حالتين: الحالة الأولى: مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية التي يكون إثبات الضرر فيها أمرا سهلا وميسورا، وذلك إذا كان العقد يتضمن شرطا يواجه هذه الحالة، حيث يعتبر عدم الوفاء من جانب الإدارة لالتزاماتها على النحو السابق قد أصاب الملتزم بضرر ، والحالة الثانية: مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية إعمالا لسلطانها المشروعة في تعديل العقد. حيث يتشدد القاضي الفرنسي في إثبات الضرر المادي الذي أصاب الملتزم نتيجة إجراء التعديلات المشروعة.

(٣١٩) أستاذنا الدكتور محمد سعيد الأحكام العامة المرجع السابق ص ٢٣٧ وما بعدها.

(٣٢٠) بيكينو- النظرية العامة للعقد الإداري، المرجع السابق ص ٤٤٤.

(٣٢١) يراجع في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ٣١ ديسمبر ١٩٦٦ والنشور في مجموعة المبادئ القانونية للمحكمة الإدارية العليا في العقود الإدارية ص ٢٥٩.

* الفسخ: يعد فسخ العقد لخطأ الإدارة أخطر جزاء يوقع على الإدارة في حالة عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية ، ولا يحكم به القضاء الإداري عادة إلا لخطأ جسيم ، وفيما يلي أسباب الفسخ ونتائجه:

(أ) أسباب الفسخ^(٣٢٢) : تتمثل الأسباب المبررة للفسخ في وجود خطأ عقدي جسيم من جانب الإدارة في تنفيذ التزاماتها التعاقدية، ويقدر قاضي العقد درجة جسامته المخالفة ، مثل : عدول الإدارة دون سبب معقول عن المشروع موضوع التعاقد وتأخر الإدارة تأخرا ملحوظا في البدء في تنفيذ العقد^(٣٢٣) وخطورة الفسخ كجزاء يجب أن يكون تأخر الإدارة خطيرا ، وعلى نحو يجاوز القدر المعقول الذي يتفق والنية المشتركة للطرفين^(٣٢٤) ، فقد يرفض المجلس فسخ العقد مع أن الإدارة تأخرت نحو خمس سنوات في بعض الحالات التي قدر فيها أن التأخير من جانب الإدارة في الوفاء لا يكون مبررا للفسخ، وإن كان يسمح للملتزم بالحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا التأخير^(٣٢٥).

(ب) نتائج الفسخ: يترتب على الحكم بفسخ العقد أن أثر الحكم في هذا الصدد يترد إلى تاريخ رفع الدعوى حيث يلتزم المتعاقد طالب الفسخ بالاستمرار في التنفيذ ، ويمتنع عليه التمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الإدارة المقصرة في الوفاء بالتزاماتها ، وأن يستمر في التنفيذ إلى أن يصدر الحكم بفسخ العقد وإلا تعرض للمسئولية^(٣٢٦).

(ج) استحقاق المتعاقد للتعويض: هو تعويض كامل يغطي كافة ما يلحق الملتزم من خسارة وما يفوته من كسب مع مراعاة ما يكون الملتزم قد نفذه في المدة ما بين رفع الدعوى ، وصدر الحكم بالفسخ ، ويقدر التعويض في التاريخ الذي ينطبق فيه القاضي الفرنسي بالحكم . وقد يضاف إلى مبلغ التعويض فوائد التأخير ، إذا كان المبلغ المحكوم به معين المقدر وفقا للقواعد المدنية المقررة في هذا الشأن.^(٣٢٧)

(٣٢٢) أ.د. محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٢٤٠ وما بعدها.

(٣٢٣) حكم المجلس بتاريخ ٢ مارس ١٩٥١ في قضية *Ville de Poissy* المجموعة ص ٧٧٤.

(٣٢٤) حكم المجلس في قضية *Glaaenger* بتاريخ ١٦ مايو ١٩٢٣ المجموعة ص ٤٠٥.

(٣٢٥) راجع في هذا الخصوص حكم المجلس بتاريخ ٢٩ يناير ١٩٣٦ في قضية *Lesieux* المجموعة ص ١٤٠.

(٣٢٦) راجع حكمه في ٢٧ ديسمبر ١٩٢٥ في قضية *Dolfini* المجموعة ص ٢٢٠.

(٣٢٧) حكم المجلس في قضية *Bongert* في ٢٦ يوليو ١٩٤٧ المجموعة ص ٣٥١.

يتمثل جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية في صورتين هما الفسخ والتعويض ، ويرتب الفسخ التزام الإدارة بتعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عما يلحقه من خسائر وما يفوته من كسب ، وهذا أمر يتفق مع الهدف الذي يسعى إليه الملتزم من إبرام العقد وهو تحقيق الربح ، لذلك فإن تغطية الخسارة المالية التي تلحقه من خطأ الإدارة تمثل الهدف الذي يتغياه القاضي من الحكم بالتعويض.

والحقيقة أن جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها التعاقدية يحمل في طبيعته معنى "التعويض" وبهذه المثابة يختلف عن طبيعة الجزاء الذي يتعرض له الملتزم إذا لا يتخذ في حقيقته معنى التعويض بقدر ما يتخذ معنى العقوبة ، ومرد ذلك إلى أن كل إخلال من جانب الملتزم في تنفيذ التزاماته ، ليس مجرد إخلال بالتزام تعاقدي فحسب وإنما يمثل في المقام الأول مساساً بسير المرفق العام موضوع عقد الامتياز.

وخلاصة القول أن طبيعة جزاء مخالفة الإدارة لالتزاماتها في عقد الامتياز والامتياز الـ B.O.T. تختلف عن طبيعة الجزاء الذي يتعرض له الملتزم المقصر في الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، وهذا الاختلاف في الطبيعة بين نوعي الجزاء يرتبط بالاختلاف في الهدف الذي يتوخاه الطرفان فالإدارة تنشُد دائماً تحقيق النفع العام وتتطلب من الملتزم بذل أقصى جهد في سبيل الوفاء بالتزاماته ، وللإدارة في سبيل ذلك إجبار الملتزم على الوفاء بأن توقع عليه أقصى الجزاءات والتي تحمل في حقيقتها معنى العقوبة.

أما بالنسبة للملتزم فإن تعويضه بسبب خطأ الإدارة في تنفيذ التزاماتها هو الهدف الذي يتوخاه القاضي من الحكم على الإدارة بالتعويض ، وهو المسلك الأصيل للقضاء الإداري في مجال مسئولية الإدارة التعاقدية.

المبحث الثاني سلطات الإدارة والتزاماتها في تنفيذ عقد الامتياز وامتيار الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم :

يقع على عاتق الإدارة الالتزام بتنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه تنفيذا أميناً وفقاً لمقتضيات حسن النية في التعامل واحترام كافة شروط العقد الصريحة والضمنية وعدم التقاعس والتسويق في التنفيذ واحترام مدد ومواعيد التنفيذ.

هذا وينفرد عقد امتياز المرفق العام بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب وجه المصلحة العامة. فالنفع العام غاية تتعدى المصلحة الفردية ، ومن أجل ذلك تشمل سلطات الإدارة رقابه الملتزم أثناء تنفيذ العقد، وتوقيع جزاءات على الملتزم لإخلاله بالتنفيذ وتعديل عقد الامتياز بإرادتها المنفردة ، ومن ثم نتعرض لدراسة سلطات الإدارة والتزاماتها في عقد الامتياز وامتيار الـ B.O.T. في مطلبين رئيسيين:

المطلب الأول

سلطات الإدارة في عقد الامتياز وامتيار الـ B.O.T. .

المطلب الثاني

التزامات الإدارة في عقد الامتياز وامتيار الـ B.O.T.

"المطلب الأول"

سلطات الإدارة في عقد الامتياز

وامتياز الـ B.O.T.

تمهيد وتقسيم:

يستهدف عقد الامتياز في المقام الأول تحقيق المصلحة العامة، ويتبلور هذا الهدف في بنود عقد الامتياز، وفي نصوص القانون المنظم للمرافق العامة - وبهذا المقتضى تتمتع الإدارة بسلطات ذات طابع استثنائي تواترت بشأنها أحكام مجلس الدولة في القديم والحديث منها حكم الإدارية العليا في ٢٨ أبريل ١٩٩٢ (٣٢٨) : "ومن حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا قد جرى على أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص، منطية احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة الإشراف والتوجيه على تنفيذ العقود الإدارية، ولها دائما حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة بما يتراءى لها أنه أكثر إتفاقا مع الصالح العام دون أن يحتج الطرف الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، ولا يقيد سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري سوى أن يكون هدفها من التعديل مصلحة المرفق العام التي هي مصلحة عامة تغلب المصلحة الخاصة".

وللفقيه "جيز" رأى يهاجم فيه حق الإدارة في التعديل بصفة عامة ويعترف به فقط في عقدي الأشغال العامة والامتياز - ومرجع ذلك طبيعة عقد الامتياز بالذات لأن شروطه ليست كلها شروطا تعاقديه، بل منها ما هو لائح فيكون للإدارة حق تعديل الشروط اللائحية دون التعاقدية (٣٢٩).

ويمكن رد سلطات الإدارة إلى مظاهر أربعة هي : سلطة الإدارة في رقابة الملتزم أثناء تنفيذ عقد الامتياز، سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على الملتزم في

(٣٢٨) الدكتور عادل خليل في العقود ص ٢١، ٢٢ دار الثقافة الجامعية ١٩٩٩.

(٣٢٩) العيد الطماوى المرجع السابق ص ٤١٦ وما بعدها، وقد أورد الدكتور ثروت بدوي في رسالته حكمي مجلس الدولة الفرنسي بزيادة عربات الترام وبزيادة المقابل أو إنقاصه (ص ٦٨).

عقد الامتياز ، سلطة الإدارة في تعديل عقد الامتياز بإرادتها المنفردة ، سلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز. (٣٣٠)

وسوف نتعرض لدراسة سلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز في الباب الثالث —
وندرس هنا في فروع ثلاثة:

الفرع الأول

سلطة الرقابة في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* .

الفرع الثاني

سلطة توقيع الجزاءات في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*

الفرع الثالث

سلطة التعديل في عقد الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*

(٣٣٠) القاعدة الشرعية تقضي بأن "حكم المحاكم يرفع الخلاف"

الفرع الأول

" سلطة الرقابة في عقد الامتياز

وامتياز الـ B.O.T.

تباشر الإدارة حقها في الرقابة على تنفيذ شروط العقد الإداري بإيفاد بعض مهندسيها إلى مواقع العمل ، للتأكد من سيرة وفقا للأوضاع المحددة ، وفحص واختبار المواد المستخدمة للاطمئنان على جودة نوعها ، والرقابة في هذه الحدود مرادفة لمعنى الإشراف *Controle surveillance* وتعد إجراء مهمها لتسلم العمل عند إتمامه ، ومكملا لرقابه الفحص اللاحقة عند التسليم ، ونجد لهذا الحق مرادفا في عقود القانون الخاص .

أما سلطة الرقابة في عقد الامتياز فإنها تتجاوز هذا الحد حيث تتدخل الإدارة بدرجة تزيد على مجرد التأكد من سلامة التنفيذ إلى التدخل في التنفيذ وتغيير بعض الأوضاع فيه *Le choix des modalités d' execution* ولو لم يرد النص عليها صراحة في العقد .

وتتضمن العقود الإدارية في فرنسا تحديد مدى سلطة الإدارة في التدخل في أوضاع تنفيذ عقود الامتياز وقد يرد النص عليها في بعض القوانين واللوائح المنظمة لذلك ويسلم مجلس الدولة الفرنسي للإدارة بسلطات واسعة في الرقابة والإشراف والتوجيه على عقود الأشغال العامة فيما يتعلق باختيار المواد وطرق التنفيذ .

وفي مصر - تنص المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدلة على أنه : " لمانح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيرة من النواحي الفنية والإدارية والمالية وله في سبيل ذلك تعيين مندوبين عنه في مختلف الفروع والإدارات التي ينشئها الملتزم لاستغلال المرفق ، ويختص هؤلاء المندوبين بدراسة تلك النواحي وتقديم تقرير بذلك لمانح الالتزام ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية بناء على اقتراح الوزير مانح الالتزام أو المشرف على الجهة مانحة الالتزام أن يعهد إلى ديوان المحاسبة (الجهاز المركزي للمحاسبات) بمراقبة إنشاء المرفق وسيره من الناحية المالية وأن يعهد بالرقابة الفنية والإدارية عليه إلى أية هيئة عامة أو خاصة .

كما يجوز للوزير المختص أن يقرر تشكيل لجنة أو أكثر من بين موظفي وزارته أو غيرها من الوزارات أو الهيئات العامة لتتولى أمرا من أمور الرقابة على التزامات المرافق العامة ، وفي هذه الحالة يتولى ديوان المحاسبة أو الهيئة المكلفة بالرقابة دراسة النواحي التي نيط بها رقابتها ، وتقديم تقرير بذلك إلي كل من الوزير المختص والجهة مانحة الالتزام .

وعلى الملتزم أن يقدم إلي مندوبي الجهات التي تتولى الرقابة وفقا للأحكام السابقة كل ما قد يطلبون من معلومات أو بيانات أو إحصاءات كل ذلك دون الإخلال بحق مانح الالتزام في فحص الحسابات أو التفتيش على إدارة المرفق في أي وقت .
وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٨٥ لسنة ١٩٥٨ في شأن تعديل المادة السابعة بعد سابقه تعديلها بالقانون ٤٩٧ لسنة ١٩٥٤ القول : " حق الرقابة على الملتزم حق أساسي مرده إلي فكرة المرفق العام ، وبما يقتضيه سيره وانتظامه وهو حق ثابت للجهة مانحة الالتزام ولو لم ينص عليه في العقد . بل يظل موجودا طالما وجد المرفق العام .

" وإنه ولئن كان مشروع التعديل قد تضمن صورا متعددة من الرقابة لكفالة سير المرافق العامة وانتظامها . إلا أن اختيار أحد هذه الوسائل أو الجمع بينها مرده إلي الوزير المختص (أو الجهة المختصة) إذ يترخص في تقدير ملاءمة كل منها لاحتياجات المرفق ، وما يقتضيه نظام سيره بما يحقق المصلحة العامة . فعلى ضوء احتياجات المرفق العام يقرر الوزير اختيار ما يناسبها من وسائل الرقابة ، وما يتلاءم معها من صورها ، فلا يجمع بين أكثر من صورة منها إلا إذا قدر أنها أدعى إلي تأمين سير المرفق بتغليب المصلحة العامة التي تتغياها العقود الإدارية .

ويظل حق الرقابة على هذا النحو قائما طالما وجد المرفق العام ، ومهما كانت السلطة ومداها فإنها يجب أن تقف عند حد عدم تغيير طبيعة العقد La *denaturation du contrat* ^(٣٣١) . كما يجب ألا تصل الرقابة في جميع الأحوال إلي حد التعديل الانفرادي لموضوع العقد أو شروطه ^(٣٣٢) .

^(٣٣١) العميد الطماوي في العقود الإدارية المرجع السابقة ص ٤١٣ ، ٤١٤ .

^(٣٣٢) د . خيس إسماعيل الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية ص ٧٦ .

ويمتد حق الإدارة في الرقابة والإشراف إلى إجبار الملتزم بتحديد أدوات المرفق ومشتملاته إذا أهمل في صيانتها بما يجعلها غير صالحة للاستعمال في نهاية المدة ، وتستطيع الإدارة أن تطلب فسخ عقد الملتزم على مسئوليته وبالتالي تحبسط مساعده (٣٣٣) وترد قصده عليه ، والنص على تنظيم هذه المسألة يسهل رقابة القضاء ، ويقلل من فرص الخلاف ، ولهذا تحرص معظم عقود الامتياز على تنظيم نسبة المبالغ التي يتعين اقتطاعها من الأرباح والمدة التي يبدأ منها الالتزام بتجديد الآلات (٣٣٤) .

وفي حالة تعديل شروط العقد فرقابة الإدارة للملتزم ليست من قبيل الحقوق المجردة بل تحمل طابع الواجب حيث يقع عليها التزام بالتدخل واستعمال سلطاتها في حالة إخلال الملتزم بالشروط التي جرى تعديلها فأصبحت ضمن شروط عقد الامتياز وللمنتفعين مطالبة الإدارة بالتدخل وإجبارها على ذلك قضاء إذا ما تخاذلت ، أو تغاضت عن استعمال سلطاتها في هذا الشأن .

وتعد سلطة الرقابة والإشراف والتوجيه صورة متميزة من صور تدخل الإدارة في مجال تنفيذ العقد وتختلف عن صور التدخل الأخرى كما يلي :

* سلطة الرقابة وتميزها عن سلطة التعديل المنفرد: تختلف سلطة الرقابة عن سلطة التعديل المنفرد *pouvoir de modification unilaterale* فسلطة التعديل تتناول تغيير التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقصان وفي شروط أو مدة التنفيذ المتفق عليها.

* سلطة الرقابة وتميزها عن إجراءات الضبط الإداري: الثابت في فقه القانون الإداري وقضائه أن العقد المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها لا يشكل عقبه تحول دون ممارسه جهة الإدارة المتعاقدة لاختصاصاتها المستمدة من النصوص التشريعية التي تهدف إلى حفظ النظام إلا أنه من ناحية أخرى ، لا يجوز للإدارة أن تستفيد من وضعها كسلطة عامة لكي تفرض على الملتزم إجراءات الضبط الإداري في ممارستها للرقابة بموجب العقد . (٣٣٥)

(٣٣٣) د. / محمد سعيد في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص ٣١ ، وانظر "مبادئ القانون الإداري" المرجع السابق ص ٢٩٢ بأنه "وحيث يسمح للإدارة بالتدخل في أوضاع التنفيذ ، ومن ذلك مثلا طلب استعمال طريقة في التنفيذ غير تلك التي يلجأ إليها المتعاقد ، وذلك على نحو تصح مع الرقابة بمثابة توجيه للمتعاقدين".

(٣٣٤) العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٧٢١ .

(٣٣٥) أحكام مجلس الدولة الفرنسي في عام ١٩٠٥ ، ١٩٠٧ وحكم الأساس في قضية ترام مرسيليا ١٩١٠ .

وفي ضوء ما تقدم من أحكام عامة تتنوع صور الرقابة في عقود الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.* و نتناول بالدراسة أولا: الرقابة الفنية ثانيا: الرقابة المالية ثالثا: الرقابة الإدارية رابعا: رقابة الصيانة والتجديد وخامسا: حدود الرقابة وأهدافها في عقود الامتياز وامتياز الـ *B.O.T.*

أولا : الرقابة الفنية *Le controle technique* : تتضمن دفاتر الشروط العامة الملحقة بعقود الامتياز في فرنسا تنظيم سلطات الإدارة وحدودها ، وأهدافها في مجال ممارسة الرقابة الفنية . ففي عقود امتياز القوى الهيدروليكية ، يكون لموظف الإدارة الحق دائما في الدخول إلى مناطق الاستغلال للإطلاع على مختلف الوثائق الفنية من رسوم وخرائط وإجراء الاختبارات اللازمة على منسوب القوى للتأكد من كفاءة معدلات الاستغلال.

وفي مصر - تتضمن اتفاقيات الامتياز البترولية بيان سلطات الرقابة الفنية على الملتزم ، وذلك على النحو الوارد في المادة الرابعة عشر من اتفاقية الامتياز البترولي المبرمة بين حكومة جمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للبترول وشركة اجيبتيكو أويل أند جازاكسبلوريشن^(٢٣٦)

^(٢٣٦) تنص المادة ١٤ من الاتفاقية على ما يأتي:-

(أ) يعد ويحفظ المقاول و/ أو الشركة القائمة بالعمليات طوال مدة سريان هذه الاتفاقية بسجلات دقيقة تقيد فيها - في جميع الأوقات العمليات الجارية في المنطقة بموجب هذه الاتفاقية، ويرسل المقاول، و/أو الشركة القائمة بالعمليات إلى الحكومة أو ممثلها وفقا للتعليمات السارية أو كلما طلبت الحكومة أو ممثلها في الحدود المناسبة المعلومات والبيانات الخاصة بعملياتها الجارية في هذه الاتفاقية .

ب - يحتجز ويحفظ المقاول و / أو الشركة القائمة بالعمليات لمدة زمنية معقولة بجزء يمثل كل عينه من الطبقات الاسطوانية ومن عينات الحفر المستخرجة من حفر الآبار وذلك بقصد التصرف فيها بمعرفة الحكومة أو ممثلها أو تقديمها إليها بالطريقة التي تراها الحكومة وجميع العينات التي يحفظ بها المقاول و /أو الشركة القائمة بالعمليات لأغراضها الخاصة تعتبر معدة للفتيش عليها في أي وقت مناسب بمعرفة الحكومة أو ممثلها .

ج - في حالة تصدير أية عينات صخرية خارج (ج . م . ع) فإنه يتعين قبل التصدير تسليم مثل لها حجما ونوعا إلى الهيئة كممثل للحكومة ، وذلك ما لم توافق الهيئة على خلاف ما تقدم .

د) لا يجوز تصدير أصول التسجيلات إلا بتصريح من الهيئة ، ومع ذلك فإذا كانت الأشرطة المغناطيسية وأية بيانات أخرى مما يلزم إعدادها وتحليلها خارج (ج . م . ع) فإنه يجوز تصديرها إذا احتفظ بالأصل أو بتسجيل مائل للأصل لي (ج م ع) وبشرط أن تعاد هذه الصادرات إلى (ج . م . ع) باعتبار أنها مملوكة للهيئة . =

وتتضمن عقود ووثائق امتياز الـ *B.O.T.* أحكاما تخول الإدارة إجراء الرقابة الفنية في إدارة وتشغيل المطار، ومراجعة الوثائق والمستندات ورقابة التنفيذ المشوب بالعيوب في المواد ٨،٧،٣ من العقد طبقا لأسس الأداء والتقنيات الحديثة والمتطلبات والمعايير المستخدمة في التشييد واختبار المعدات والأقوات وأطقم التشغيل حسب المواصفات والمقاييس والوثائق والكتيبات المستخدمة عالميا في هذا المجال وذلك على النحو المبين تفصيلا بالملاحق المرفقة بالعقد أرقام ١٥، ١٦، ١٧، ٢١، ٢٣٧.

(هـ) خلال المدة التي يقوم المقاول في أثنائها بعمليات البحث يسمع المقاول للهيئة بالدخول إلى كافة أجزاء المنطقة عن طريق المفوضين من ممثليها، أو موظفيها، وذلك في جميع الأوقات المناسبة، مع تحويلهم الحق في معاينة العمليات التي يحفظ لها المقاول، ويراعى مثل الهيئة أثناء ممارسته لتلك الحقوق طبقا لما ذكر في الجملة السابقة من هذه الفقرة (و) عدم إعاقه عمليات المقاول ويقدم المقاول إلى الهيئة نسخا من جميع البيانات (شاملة وليست مقتصرة على التقارير الجيولوجية والجيوفيزيكية وتسجيلات الآبار وقطاعها)، وكذلك كل المعلومات والتفسيرات المتعلقة بما ذكر والتي تكون موجودة لدى المقاول، وجميع هذه البيانات والمعلومات تحترس سرية إلى أقصى حد، ولا تفشيها الهيئة إلا للشركات التابعة لها، ولا تفشيها الحكومة بدون موافقة المقاول طوال سريان هذه الاتفاقية. ملحق مضبطة مجلس الشعب - الجلسة الثامنة والأربعين في ٢٩ مارس سنة ١٩٧٨ ص ٢٤، ٢٣ ويراجع أ.د. محمد سعيد في أحكام التنفيذ المرجع السابق ص ١٩٧.

(٢٣٧) تراجع النصوص في الوقائع المصرية المرجع السابق ص ١١، ١٥، ٦٢، ٦٧

المادة (٣) موضوع العقد (جـ) إدارة وتشغيل المطار في البنود الآتية:-

بند (٩) يقوم المالك بإصدار الإعلان المقرر لتشغيل المطار لاستقبال وهبوط الطائرات متى أرسل له المستثمر طلبا بذلك وفي خلال مدة ٢٨ يوما من تاريخ الطلب، وذلك في حالة اجتياز المشروع لجميع الاختبارات اللازمة لذلك. وفي حالة رفض المالك إصدار الإعلان المقرر فعليه إبلاغ المستثمر بأسباب الرفض في المدة المحددة حتى يمكنه تلافي هذه الأسباب وبعدها يقوم المستثمر بإعادة إشعار المالك بإتمام الأعمال المطلوبة بغية إصدار إعلان التشغيل خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ إعادة الطلب.

بند (١٠) يتعهد المستثمر بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالمشروع وذلك وفقا للإجراءات الواردة بالملحق (٢٧).

بند (١١) تخصص الهيئة المصرية للطيران المدني بإصدار تراخيص الطائرات (هبوط وإقلاع) لكافة عمليات النقل الجوي.

بند (١٢) يكون للهيئة المصرية العامة للطيران المدني الحق في التفتيش على كافة الأعمال والخدمات والأنشطة التي تؤثر على أعمال الطيران المدني وعلى الالتزام استصدار ترخيص تشغيل المطار وتجديد الترخيص دوريا من الهيئة وفقا لما تحدده القواعد المنظمة لذلك.

المادة (٧) مراجعة الوثائق والمستندات:

أ- للمالك أن يقوم بتعيين استشاري ينوب عنه في مراجعة الوثائق التضمنة التصميمات والرسومات والبيانات التقنية وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ، وعلى المالك أن يحظر الملتزم بذلك وأن يسمح له بدخول الموقع ومراجعة التنفيذ بالقد نفسه الذي يتيح العقد للمالك =

ب- يتعهد الملتزم أن تكون مكونات وأسلوب إعداد الوثائق والمواصفات والرسومات التي يتم تقديمها للمالك أو من ينوب عنه (الاستشاري) للمراجعة وفقا للمعايير الدولية على نحو ما هو موصوف بالملحق (١٤)، وفي حالة كونها مخالفة أو غير كافية أو غير دقيقة أو غير متوافقة يتم إعادتها لتعديلها ويتحمل الملتزم التكاليف والتبعات الناجمة عن ذلك بما فيها تكاليف إعادة مراجعتها بواسطة الاستشاري.

ج- يتحمل الملتزم التكاليف الناجمة عن جميع التعديلات التي تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم التوافق في المواصفات والرسومات إذا تسببت هذه التعديلات في حدوث تأخير يعتبر الملتزم مسئولا عن ذلك التأخير.

د- تنقل للمالك ملكية الوثائق المتضمنة الرسومات والمواصفات والبيانات التقنية لاستخدامها في صيانة وإصلاح المطار بعد انتهاء فترة الالتزام.

المادة (٨) التنفيذ المشوب بعيوب: إذا اكتشف المالك - قياسا على المستويات العولية لتأمين سلامة الطيران والركاب - عيوباً خطيرة في المطار، أو في أي من مكوناته أو تجهيزاته أثناء إجراء التفتيشات والاختبارات التي يقوم بها المالك، أو من ينوب عنه بموجب هذا العقد، وكانت هذه العيوب قابلة للإصلاح.. تعين على الملتزم والحالة هذه أن يصلح هذه العيوب وأن يثبت خلو المطار من أي عيوب خطيرة بتكرار تفتيش المالك أو من ينوب عنه في غضون مدة.. تلي التفتيشات، والاختبارات غير الناجحة التي سبق إجراؤها، وإذا فشل في ذلك أو كررت التفتيشات والاختبارات وثبت أن العيوب غير قابلة للإصلاح فعلى الملتزم إزالة الأجزاء المعيبة من الإنشاء وإعادة إنشائها من جديد طبقا للمواصفات القياسية ووفقا لما هو محدد بالعقد وملاحقه.

ملحق ١٧-١-١ الكفاءة الفنية: للمشغل سيتم الحكم عليها بواسطة أدائه السابق وتستلزم العناصر التالية:

الجودة والتعليم وتدريب طقم العمل والإدارة والعمالة اليدوية، التقنيات المكتسبة والممارسه، التسهيلات الفنية والموارد المتاحة، مقاييس مراقبة الجودة وضمان الجودة، إدارة مدعّمه بالأدلة في مجال إدارة المطارات، مقدرة الإدارة لنقل الكفاءة الفنية لمواقع خارجية.

ملحق ١٧-٤ المستندات المرجعية: كتيبات الايكارو التالية يجب الالتزام بها في صيانة وتشغيل المطار، ملحق الايكارو رقم ١٤ مجلد ١، دليل الايكارو لخدمات المطار الوثيقة ٩١٣٧ الأجزاء ١-٩.

ملحق ٢١-٢ ترخيص المطار: تقوم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإجراء تفتيش دوري على المطار بما يضمن مع البرنامج الذي تمت الموافقة عليه من كلا الطرفين.. المراجعات الإضافية المتعلقة بعمليات المطار تتم وفقا لما تراه الهيئة دون قيد أو شرط. تتولى الهيئة المصرية العامة للطيران المدني إصدار شهادة استمرار تشغيل المطار.

٢١-٣ المتطلبات المتعلقة بتشغيل المطار: سيقوم المشغل بتشغيل المطار بصفة مستمرة دون توقف أي ٢٤ ساعة في اليوم ٣٦٥ يوما في السنة أو كما تقتضي متطلبات الحركة الجوية. سيقوم المطار بتحقيق الفصيلة الأولى I الايكارو الخاصة بالمقاييس الملاحية مع توفير إمكانية رفع الكفاءة إلى الفصيلة الثانية II وتكون معدات نظام الهبوط الآلي من الفئة الأولى عند تركيبها.

الملحق (١٦) المعايير المستخدمة للتشييد واختيار المعدات والتركيب والاختبارات وإعداد طقم التشغيل.

١٦-١ التشييد: يجب أن تكون أعمال التشييد متطابقة مع: القوانين والنظم المطبقة لجمهورية مصر العربية والهيئة المصرية العامة للطيران المدني، المقاييس المعتمدة دوليا للأعمال المدنية والمعمارية، المعايير الواردة في ملاحق الايكارو ذات الصلة بالموضوع المذكور في الملحق (١٥)، القوانين والنظم المذكورة أعلاه تطبق أساسا للبند التالي: المواصفات القياسية للبناء والتراخيص، قوانين العمل والأمنيات الاجتماعية، النظم التجارية.

=متطلبات استيراد مواد التشييد وما شابهها ، المواصفات القياسية والرموز ونظم الممارسة الدولية الصادرة من المنظمات الدولية والتي تشمل على *ASTM.BS* .
عند الاحتياج إلى تعديل أو إضافة إلى قواعد سبق الاتفاق عليها يتم الرجوع للهيئة ويجب أن يكون الطلب والموافقة خلال مرحلة التطبيق.

١٦-١٢ اختيار المعدات: معايير اختيار المعدات تفرق بين (٥) أصناف رئيسية من المعدات: الممرات والممرات المساعدة (الفرعية) ومواقف الطائرات أي المعدات التي تتركب ومن أجل الممرات والممرات الجانبية ومواقف الطائرات. المباني-أي المعدات التي تتركب في المباني من أجل الاستخدام الداخلي والخدمات .
معدات خدمات أرضية-أي معدات تركيب المباني لخدمات الركاب والمحاقب والشحن الجوي أو تستخدم على مواقف الطائرات لمثل تلك الخدمات.

معدات مراقبة الحركة الجوية-على المستثمر أن يقوم بتركيب المتطلبات من الاجهزة والمعدات في مطار (مرسى علم) بحيث تتوافق مع الأجهزة الموجودة في مركز القاهرة للملاحة الجوية.
معدات المطار-أي معدات تستخدم لخدمات المطار مثل مكافحة الحرائق والإرشاد والكنس وتيسار كهربائي لحالات الطوارئ وحاوليات لتصريف فائض المياه أو السوائل .. الخ أي معدات متحركة لاستخدامها في ،ومن أجل المطار والمعايير العامة التالية يجب أن تستخدم لكافة الأصناف.

مورد المعدات المتعاقد عليها ، يجب عليه تركيب المعدات وتدريب طاقم تشغيلها وصيانتها وتوريد المطالب الابتدائية لقطع الغيار وضمان الأداء الصحيح للمعدات تحدد لفترة زمنية كحد أدنى المستويات الخاصة المحددة (مثلا تكون الاستفادة من السلم المتحرك ٩٨% على مدار ٣ سنوات)

المعدات التي يقع اختيار المورد عليها يجب أن تكون مستخدمة حاليا في مطارين دوليين على الأقل.
المعدات الرئيسية لمراقبة الحركة الجوية يجب اختيارها بعناية وفيه يراعى فيها تطابقها بوجه عام مع المعدات الموجودة في مراكز الملاحة الأخرى العاملة والتابعة لهيئة الطيران المدني المصرية.

إجراءات اختيار المعدات طبقا للمعايير القياسية للهيئة وشروط العقد لضمان الأداء وضمان المعدات وتدريب المشغل وتدريب الإصلاح والصيانة وتوريد قطع الغيار والعدد الخاصة ومعدات الاختبار والكتالوجات والمطبوعات ... الخ .

مقاييس الأداء الخاص يجب أن تطبق على كافة معدات مراقبة الحركة الجوية والمعدات المرتبطة بها ويجب على مورد المعدات أن يضمن حدا أدنى من الاستفادة من المعدات لـ ٩٩,٣% من الوقت بعد مضي ٦ أشهر من التشغيل لقطع الغيار الموجودة في متناول اليد يجب أن تغطي ٩٧% من الأعطال على أن تكون الفترة الزمنية بين كل عطل لأجهزة الإرسال والاستقبال والـ *CRT* ومنايع الكهرباء يجب أن تكون ٣ آلاف ساعة تشغيل مولد كهرباء الطوارئ يجب أن يشغل ٩٩% من الاختبارات المخططة وغير المخططة .. يجب أن يتاح لمثل في لمورد المعدات الرئيسية يمكن الاتصال به أثناء فترة الـ ١٢ شهرا الأولى للتشغيل.

١٦-٣ تركيب المعدات: تركيب المعدات يجب أن يتم تحت مراقبة المورد نفسه ... يجب تطبيق معايير التشييد المحددة في الفقرة ١٦-١.

١٦-٤ اختبار المعدات: يجب اختبارها بواسطة المورد في وجود أخصائيين من الهيئة والمستشار ويؤخذ في الاعتبار كتيب الايكار التالي لاختبار جهاز الراديو ومعدات الملاحة ،، المستثمر يجب أن يكون مسئولاً عن الاختبار والمعايرة، كتيب الايكار لاختبار مساعدات ملاحقة الراديو (الوثيقة ٨٠٧١) المجلد *II.I*.

ثانيا : الرقابة المالية Le controle financier : تتمثل الرقابة المالية في حق الجهة مانحة الامتياز إجراء التفتيش في أي وقت على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق العام محل الامتياز فالمتعاقد في نطاق عقود الامتياز على اختلاف أنواعها يلتزم بإمسك دفاتر حسابات منتظمة وفقا للقواعد المحاسبية المتعارف عليها، والمعمول بها.

وفي مصر - ينظم القانون الخاص بنظام المرافق العامة قواعد الرقابة المالية التي تمارسها الجهة مانحة الامتياز على الملتزم وتتضمن اتفاقيات الامتياز البترولي هذه القواعد^(٣٣٨).

هذا وتتضمن عقود امتياز الـ *B.O.T.* أحكاما خاصة بحق الإدارة في إجراء الرقابة المالية حسبما جاء بالملحق ١٧-١-٢ السياسات المالية^(٣٣٩).

^(٣٣٨) يراجع في هذا الصدد نص المادة السابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المعدلة.

وتنص المادة الثالثة عشرة من اتفاقية الامتياز البترولي السابقة الإشارة إليها على ما يلي :-

أ - تقوم كل من الهيئة والمقاول والشركة القائمة بالعمليات بإمسك دفاتر حسابات في مكاتب عملها في ج . م . ع وذلك وفقا للنظام المحاسبي المبين في الملحق (...) ووفقا للأوضاع المحاسبية المقبولة والمعمول بها بصفة عامة في صناعة البترول وكذلك الدفاتر الأخرى والسجلات اللازمة لتوضيح ما يتخذ من أعمال بمقتضى هذه الاتفاقية بما في ذلك كمية وقيمة البترول المنتج والمخلف به بمقتضى هذه الاتفاقية ويمسك المقاول والشركة القائمة بالعمليات دفاتر وسجلات حساباتها المشار إليها مفيدا فيها الحساب بدولارات الولايات المتحدة الأمريكية وتقدم الشركة القائمة بالعمليات شهريا للحكومة أو ممثلها بيانات توضح كمية البترول المنتج والمخلف به بمقتضى هذه الاتفاقية وتعد هذه البيانات، وفقا للأوضاع التي تطلبها الحكومة، أو ممثلها، ويوقع عليها المدير العام أو مساعد المدير العام أو أي مندوب آخر مفوض في ذلك وتسلم للحكومة أو ممثلها خلال ثلاثين يوما من نهاية الشهر الذي تغطيه هذه البيانات .

ب - يجب أن تكون دفاتر الحسابات المذكورة آنفا وغيرها من الدفاتر والسجلات المشار إليها بعالية معده في جميع الأوقات المناسبة لفحصها بمعرفة المندوبين المفوضين من الحكومة .

ج - يقدم المقاول للهيئة بيانا بحساب الأرباح والخسائر للسنة التقويمية في موعد لا يتعدى يوم ١٥ مارس من السنة التالية يوضح فيه صافي ربحه أو خسارته عن تلك السنة والناجمة من العمليات البترولية بموجب هذه الاتفاقية . ويقدم المقاول إلى الهيئة في الوقت ذاته ميزانية آخر العام لذات السنة التقويمية .

انظر مضبطة مجلس الشعب المرجع السابق ص ١٣

B.O.T. بوضع خاص حيث يحق للجهة المالكة تعيين عضوين ممثلين لها في مجلس إدارة الشركة صاحبة الامتياز وذلك على النحو المنصوص عليه في المادة ٣ من العقد وبالملاحق أرقام ١٧، ٢٠، ٢١، ٢٧، (٣٤٠).

(٣٣٩) الملحق ١٧-١-٢ السياسات المالية: -سياسات المشغل المالية فيما يتعلق بالاستهلاك واستهلاك الأصول، الدين وصيانة المنشآت تعد من الاعتبارات الرئيسية. نفقات المشغل توجهها بشكل كبير الحاجة إلى استرجاع رأس مال صلب الامتياز على مدار عدد السنوات المخصصة لهذا الغرض .

وتسليم المنشأة إلى الهيئة المصرية للطيران المدني في نهاية فترة الامتياز الوارد بالملحق (٣١) تحدد بالتفصيل تحت أي شروط سيتم تسليم المطار إلى الهيئة المصرية للطيران المدني وستطلب الهيئة عند تسليمها المطار تسليمها خطة العمل المقترحة من قبل المشغل وهذه الخطة يجب أن تشمل على هذه النقاط بحد أدنى:

* السياسات المالية. مستويات توفير طقم العاملين بالمطار. الاستعانة بالخبرات الأجنبية. اختيار نظم المحاسبة ونظام المراقبة المالي ، تحفظ الهيئة المصرية للطيران المدني بحقوق مراجعة دفاتر المشغل (طبقا لما جاء بالملحق المالي لإطار التعاقد) على أن يحظر المشغل قبلها بوقت كاف.

(٣٤٠) المادة (٣) موضوع العقد (٣) إدارة وتشغيل المطار :

١- يدير المشروع مجلس إدارة على النحو الذي تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (٢٠) يمثل فيه المالك بعدد عضوين من تسعة أعضاء وقد جاء بالملحق (٢٠) تشكيل مجلس الإدارة انه تم تعيين مجلس إدارة من تسعة أعضاء منهم ٧ أعضاء كما هو وارد في المادة ٢١ بالعقد الأساسي، وكذلك عضوين من خبراء هيئة الطيران المدني وبالملحق ١٧-٢ (الترخيص والمراقبة) تصدر الهيئة المصرية العامة للطيران المدني إجازة المطار بما يتفق مع أنظمتها قوانينها المطبقة كما أنها تتولى مسئوليتها من خلال تشغيلها بمجلس الإدارة .

مادة ٣ ب إنشاء المطار موضوع العقد:

٧- يكون تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحة بالمطار مسئولية المالك، وعليه تخصيص العدد الكافي من العاملين ذوي التأهيل والخبرة المناسبين لذلك التشغيل طبقا للمراحل المختلفة لتطوير المطار ووفقا للأسلوب والشروط التي تم تحديدها بالملحق (٢١)، ويكون المالك مسئولاً عن تنظيم حركة الطائرات في نطاق المطار وأثناء إقلاعها، وهبوطها، وتحركها على أرض المطار، وذلك توجيها للمسئولية عن سلامه تلك الحركة ، ويلتزم المالك بتحمل المسئولية عن أية أضرار قد تلحق بالملتزم أو بالغير من جراء قيامه بتشغيل برج المراقبة.

٢١-٤-٢ الهيئة المصرية العامة للطيران المدني: تتولى الهيئة المصرية العامة للطيران المدني كافة الخدمات المتعلقة بمراقبة الحركة الجوية بما في ذلك المساعدات الملاحة بينما سيتولى صاحب الامتياز صيانة وإصلاح كافة معدات مراقبة الحركة الجوية والملاحة.

١٧-١ أوجه الإدارة: أيا كانت الصيغة القانونية التي يختارها المتعاقد لتشغيل المطار ،يجب الالتزام بالمعايير التالية في تعيين إدارة التشغيل: الكفاءة الفنية ، الخبرة الدولية، التعامل مع الوكالات التجارية الخارجيين.

تحتفظ الهيئة المصرية للطيران المدني بحقها في الانفراد بإصدار تصاريح الرحلات المجدولة والعارضة إضافة إلى عمليات الطائرات الفردية لأغراض أخرى . =

رابعة: رقابة أعمال الصيانة والتحديد : من المتعارف عليه بالنسبة للمشروعات الإنتاجية والخدمية على السواء أن أصولها تستهلك بفعل الزمن ما لم يتم وعلى الدوام صيانة وتجديد ما تآكل منها أو تقادم به العهد...، ويتلزم مع هذا الأمر ضرورة متابعة مستوى أداء المشروع للتأكد من عمليات الترميم والإصلاح والإحلال والتجديد ، وبتحديث الأصول بحسبان أن كل شيء له عمر افتراضي ، فكثير ما انتهت

٢١-٤-٣ وزارة الداخلية ستكون مسئولة عن: الأمن ، الجوازات ، مكافحة الحريق.

٢١-٤-٤ وزارة المالية: ستكون مسئولة عن أعمال التفتيش الجمركية.

٢١-٤-٥ وزارة الصحة والحجر الزراعي والبيطري: تكون مسئولة عن أعمال التفتيش الصحي والبيطري وترتيبات الحجر الصحي المطلوبة ، وسيكون أسلوب تقديم هذه الخدمات من الجهات المذكورة وعلاقتها مع إدارة المطار طبقا لما هو معمول به في مطارات الهيئة.

المادة (٣) موضوع العقد - (ب) إنشاء المطار.

١٠- يصعد الملتزم بمراجعة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة العامة المصرية للطيران المدني بالشروع ، وذلك وفقا للإجراءات الواردة بالملحق ٢٧ .

١٢- يختص الطرف الأول بإصدار تصاريح وتراخيص الطائرات (هبوط وإقلاع) لكافة عمليات النقل الجوي.

الملحق (٢٧) إجراءات مراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة .

١- تنص الفقرة (١٠) من المادة (٥-د) إدارة المطار في اتفاق إطار التعاقد

"يصعد المستثمر بمراجعة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالشروع وذلك وفقا للإجراءات الواردة بالملحق (ش).

٢- والأعمال التي تتطلب خبرات متخصصة في الطيران المدني ، ويحدد لها الملحق رقم (١) لاتفاقية شيكاغو للطيران المدني إجازات وأهليات محددة ، هي أعمال برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية وهي مسئولية الهيئة ، وستقوم بها الخبرات المتخصصة من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني .

٣- بخلاف أعمال برج المراقبة والمساعدات الملاحية يتولى مجلس إدارة مطار مرسى علم - بناء على التنظيم الوظيفي للمطار وبطاقات وصف الوظائف ، تحديد الأعمال التي تكون فيها الخبرات المكتسبة في أعمال الطيران المدني عنصرا أساسيا في أداء العمل.

٤- وسيراعى المستثمر عند شغل الوظائف المشار إليها في البند السابق ، الاتصال بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني لترشيح من تجده مناسباً لتلك الأعمال من بين العاملين بها ، وإذا رأت إدارة المطار أن المرشح مستوف للشروط المقررة لتلك الوظيفة في بطاقات وصف وظائف المطار ، يتم تعيينه في الوظيفة بإحدى طريقتين :

١/٤ التعيين بشكل دائم ، بعد إنهاء خدمته في الهيئة المصرية العامة للطيران المدني إذا قبل شروط وأوضاع الوظيفة طبقا لما نقضى به لوائح العمل في مطار مرسى علم.

٢/٤ التعيين على سبيل الإعارة أو الانتداب من الهيئة المصرية العامة للطيران المدني لفترة زمنية محددة ، يقوم فيها بالعمل ويدرب الأفراد المعينين بشكل دائم في المطار.

مؤسسات وتعطلت مشروعات بسبب النقص في قطع الغيار أو الأدوات، والمهمات
وأبضا حين يتقادم العهد بالمعدات والأجهزة، والآلات وغيرها في ظل التطور
التكنولوجي الحديث .

وفي هذا المجال لا تقتصر أعمال الصيانة والتجديد والتحديث على الأصول
المادية فحسب بل إن العنصر البشري هو الآخر في مسيس الحاجة إلى التدريب
وتجديد المهارات ، أما التكاليف والمصاريف اللازمة فإنها تقع على كاهل الملتزم
باعتباره المسئول الأول عن استقرار انتظام العمل بالمشروع طوال مدته وحتى انتقال
ملكته للدولة في حالة جيدة حفاظا على رأس المال القومي من التدهار والانهيار.

وتنص المادة الرابعة من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام
المرافق العامة على أنه: " يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات أراضي النزول
محل الالتزام وما عليها من مباني ومنشآت وأجهزة ومعدات مخصصة للاستعمال،
وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزام، وتؤول جميعها إلى الدولة في نهاية
مدة الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال" كما تضمن عقد الامتياز
بنظام الـ B.O.T. في شأن الالتزام بأعمال الصيانة والتجديد والرقابة عليها
أحكاما تتصل بأعمال الصيانة والتجديد في المادتين ٧،٣ من العقد وبالملاحق ٣١. (٣١)
وفي ضوء سلطة الإدارة في الرقابة بصفة عامة حسبما توضح وكذلك ما
تضمنه عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. من أحكام تتعلق بتنظيم أعمال الصيانة
والتجديد والرقابة عليها فإن هذا التنظيم قد شمل مختلف القواعد والإجراءات

(٣١) انظر المادتين ٧،٣ من العقد والملاحق رقم ٣١ في الوقائع المصرية المرجع السابق ص ٨، ١٤، ٨٣
المادة (٣) موضوع العقد - إعداد الدراسات والتصميم: انظر النصوص الواردة في شأن ذلك في (ثالثا) المادة (٧) من
العقد :-مراجعة الوثائق والمستندات - تنقل للمالك ملكية الوثائق المتضمنة الرسومات والمواصفات والبيانات الفنية
لاستخدامها في صيانة وإصلاح المطار بعد انتهاء فترة الالتزام.

ملحق - ٣١- ٢ أسلوب نقل الأبنية والمعدات :صاحب الامتياز سيقوم قبل عامين من تاريخ نقل ملكية المطار
بتزويد الهيئة المصرية العامة للطيران المدني قاتمه كاملة ومكتملة لكافة الأبنية المشيدة (المباني والمرات والمرات الجانبية
ومناطق مواقف الطائرات) وتركيب المعدات وحتى تاريخ الفحص.

-صاحب الامتياز سيقوم عندئذ بتزويد المالك بالتالي: قطع غيار لتغطية سته تشغيل كامله.

إجراءات كامله للصيانة كما كان متوقعا في مستندات الصيانة لكافة التركيبات والمعدات.

والتقنيات التي تكفل تأمين سلامة الأصول الخاصة بمرفق الامتياز حتى يؤدي خدماته للمنتفعين به طوال أجله بالإضافة إلى المدة المتفق عليها بعد انتقال ملكيته للدولة.

خامسا حدود الرقابة وأهدافها في عقود الامتياز وامتياز الـ B.O.T: تمارس الإدارة رقابتها بالمعنى الضيق في عقود الامتياز عن طريق الإشراف للتأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام واطراد دون أن تتضمن توجيهها أو تدخلات في إدارة المرفق على نحو يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه، وتحرص الإدارة الماتحة بصفة عامة أن تجعل الملتزم اليد الطولي في إدارة مرفق الامتياز واستغلاله في مقابل التضحيات المالية التي يتكبدها الملتزم ومن ثم يكون تدخل الإدارة في حدود الإشراف والتأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام واطراد فالمادة ٣٠ "من فتر الشروط للعلمة لعقود امتياز الانارة في فرنسا تنص على أنه " ليس لموظفي الرقابة التدخل بأي حال في إدارة الاستغلال "

وفي مصر تتضمن المادة الرابعة عشرة من اتفاقية الامتياز البترولي سائلة البيان - إشارة إلى هذا المعنى حيث تقضى في هذا الخصوص بأن " يراعى ممثل الهيئة أثناء ممارسته لتلك الحقوق (حقوق الرقابة) عدم إعاقه عمليات المقاول وهي العمليات الخاصة بالاستغلال.

وخلاصة القول أن جهة الإدارة ماتحة الامتياز تراعى دائما وهي بصدد ممارستها للرقابة على الملتزم المواعمة بين اعتبارين جوهريين هما : كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق محل عقد الامتياز وضمان سير مرفق الامتياز بانتظام واطراد، ونلك من خلال اعمال سلطتها في الرقابة التي تقف في حقيقة الأمر - عند حد الإشراف على عمليات الاستغلال . (٣٢)

والحقيقة أن الأمر حد مختلف في عقود امتياز الـ B.O.T لوجود ممثلين للهيئة المصرية العامة للطيران المدني في مجلس إدارة الشركة صاحبة الامتياز، فالرقابة الإدارية هنا لا تقف عند حد الإشراف على عملية الاستغلال ، بل تمتد بالمشاركة في صنع القرار من وجهين :

(٣٢) د. محمد سعيد أمين - في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٢٠٢.

الوجه الأول: أنه وإن كان حق الرقابة الوارد بنصوص العقد وملاحقه يقتصر في نهاية المطاف على مجرد اعتراض الهيئة على مشروع القرار أمام حيابة الشوكة صاحبة الامتياز على أغلبية أعضاء مجلس إدارة الشركة - فالرقابة الإدارية - بالرغم من ذلك تعد وسيلة فعالة ومؤثرة من خلال الاشتراك في المناقشات إبان عرض مشروع القرار قبيل مولده في مجلس الإدارة ، ولا شك أن الشركة بشئ حرصها بامعان النظر والتبصر بتلبية ما تراه الهيئة المالكة لازما طالما كان ذلك ممكنا .

الوجه الثاني: يتضح من الأحكام الواردة بعقود امتياز الـ B.O.T. أن ثمة أعمالا واختصاصات تنهض بها الهيئة المالكة وحدها وتحت مسئوليتها - ولا يعد هذا من قبيل الرقابة إنما يدل على مساهمة الهيئة في الإدارة والتشغيل، بما ينطوي عليه تدخلها في العديد من الأعمال.

وعلى هذا النحو تستهدف الرقابة تحقيق اعتبارين:

أولهما: أن إتباع سياسة موحدة في إدارة وتشغيل المطارات أمر يتفق وضرورة بسط سيادة الدولة على هذا المرفق الحيوي في كافة الأنحاء ، وبلبل ناصع بأن شركات الامتياز الأجنبية لم تعد تشكل سيطرة المستثمر الأجنبي على مقاليد الأمور في البلاد .

وثانيهما: أن نشاط مرفق النقل الجوي بحكم طبيعته الذاتية يخضع لنظام المركزية في الإدارة ، و الهيئة المالكة هي الجهة المنوط بها مسئولية مرفق الطيران المدني في كافة أنحاء البلاد ، ومن أخص واجباتها استمرار نجاح مرفق الطيران في مختلف الأرجاء.

الفرع الثاني " سلطة توقيع الجزاء في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T "

تمهيد وتقسيم: (٣٤٣)

إن إخلال الملتزم بالتزاماته العقدية - إذا أهمل أو قصر في التنفيذ، أو لم يحترم المواعيد المحددة في العقد أو تنازل عنه للغير بشكل مساسا بالمرفق العام محل الامتياز، ويؤدي إلى حدوث أضرار اقتصادية واجتماعية بالغة الأثر خاصة إذا كان مرفق الامتياز محل العقد من المرافق العامة الحيوية التي تقوم بتزويد المنتفعين بالمياه، أو الكهرباء، أو الغاز... الخ ، فكان لابد من فرض جزاءات توقع على الملتزم وأنواع الجزاءات هي:

- ١ - الجزاءات المالية: عبارة عن مبالغ مالية توقع على المتعاقد المخالف .
- ٢ - الجزاءات الضاغطة: " *les sanctions coercitives* " وتستهدف إجبار المتعاقد المخالف على الوفاء بالتزاماته.
- ٣ - الجزاءات الفاسخة للعقد : *les resiliaton du contrat lou decheance* وذلك بإنهاء الرابطة التعاقدية .
- ٤ - الجزاءات الجنائية: *les sanctions penale* وذلك إذا كان تصرف المتعاقد مع الإدارة يشكل جريمة جنائية .

ولقد أجملت محكمة القضاء الإداري المبادئ العامة المتعلقة بإخلال المتعاقد بالتزامه في حكمها الصادر في ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٥٧ حيث تقول : " أن كل إخلال من جانب المتعاقد مع الإدارة لا يقتصر على أن يكون إخلالا بالتزام تعاقدى فحسب، وإنما فيه أيضاً مساس بالمرفق العام الذي يتصل بالعقد واتصال العقد الإداري بالمرفق العام وضرورة الحرص على حسن سير هذا المرفق بانتظام واطراد - يوجب أن تكون الجزاءات المترتبة على هذا الإخلال شديدة ، وتنطوي في الواقع على معنى العقوبة ، ومن هذه الجزاءات سلطة توقيع الغرامة عند التأخير في التنفيذ ، ثم سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل الإدارة بنفسها محل المتعاقد معها في تنفيذ الالتزام أو أن

(٣٤٣) أستاذنا العميد الطماوى في العقود ص ٤٥٠ وما بعدها.

تعهد بتنفيذه إلى شخص آخر ويتم هذا الإجراء على حساب وتحت مسئولية المتعاقد مع الإدارة فيتحمل نتائجه المالية وثالث هذه الجزاءات حق الإدارة في الفسخ أي إلغاء العقد بدون اللجوء إلى القضاء وذلك في حالة تقصير المتعاقد مع الإدارة تقصيرا جسيما.

وتخضع الجزاءات لخصائص مشتركة على النحو التالي :-

(١) حق الإدارة في توقيع الجزاء بنفسها : تتمتع الإدارة في هذا المجال بحرية التصرف *les privilege prealable* التي لا مقابل لها في القانون الخاص . فتستطيع توقيع الجزاء بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء ، وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري بحكمها الصادر في ١٧ مارس ١٩٥٧ (٣٤٤).

"ومن حيث أنه وإن كان للإدارة سلطة توقيع جزاءات على المتعاقد إذا ما قصر في تنفيذ التزاماته فإنه يتعين الإفصاح عن رغبة جهة الإدارة في استعمال سلطتها هذه ، ولا بد من صدور قرار إداري " .

واستثناء من هذه القاعدة العامة فإن مجلس الدولة الفرنسي يجعل توقيع عقوبة إسقاط الالتزام بالذات من اختصاص القضاء ، والأمر على خلاف ذلك في مصر فقد حكمت محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٣ مارس ١٩٥٧ :

" . . . ولها "الإدارة" أن توقع عليه "الملتزم" الجزاءات . . . وإذا كان سحب الالتزام - بعد أخذ رأي مجلس النقل الاستشاري وموافقة مجلس الوزراء طبقاً لما تقضى به المادة الثامنة من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٥٠ في شأن النقل العام للركاب . يعتبر جزاءً شديداً يترتب عليه نتائج خطيرة والتجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو تكرار الإهمال الفاحش أو عجز الملتزم عن تسيير المرفق وأداء الخدمات المطلوبة (٣٤٥) .

كما أقرت المحكمة الإدارية العليا حق الإدارة في سحب التزام بإدارة سوق في حالة ارتكاب الملتزم خطأ جسيما بالقول :

"ومن حيث أن الإدارة عندما قامت بسحب الالتزام من المدعى ومصارعة التأمين النهائي بالتطبيق لأحكام المادتين ٢٩ ، ٣٠ من شروط الالتزام إنما كان ذلك بسبب

(٣٤٤) القضية رقم ١٧٣٨ لسنة ١٠ م مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٢٧١

(٣٤٥) مجموعة الأحكام السنة ١١ ص ٢٣٩ .

إخلال المدعى بشروط العقد وهو جزاء من قبيل الجزاءات التي تملك جهة الإدارة توقيعها على المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته" الحكم الصادر في ١٧ يونيو سنة ١٩٧٢ س ١٧ ص ٥٧٦).

وجاء في فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري رقم ٥٩ في فبراير ١٩٥٨ " مجموعة الأستاذ المستشار أبو شادي ص ٦٤ " حيث تقول : " إن إسقاط الامتياز ما هو إلا جزاء توقعه السلطة مآحة الالتزام نتيجة لأخطاء جسيمة أهترفها الملتزم في إدارته للمرفق . بحيث يصبح من المتعذر الاطمئنان لاستمراره في إدارة المرفق وتسييره، وفي هذه الحالة لا تقوم السلطة مآحة الالتزام بتعويض الملتزم نتيجة إسقاط التزامه " (٣٤٦).

على أنه إذا كان للإدارة أن توقع الجزاء بنفسها فلها أن تسلك الطريق الأحوط فتطلب من القضاء توقيع الجزاء الذي يراه مناسبا حتى تأمن الدولة جانب المسؤولية على أن مجلس الدولة الفرنسي يمتنع عن الحكم بجزاءات بناء على طلب جهة الإدارة المتعاقدة في حالة ما إذا كان العقد يحتفظ لجهة إدارية أخرى بحق توقيع الجزاءات عن المخالفات التي يرتكبها المتعاقد، وبناء على هذا الأساس رفض أن يجيب المجلس البلدي إلى طلبه بفسخ عقد الامتياز لأن العقد المطلوب فسخه يحتفظ بهذا الحق المحافظ (Prelet) (٣٤٧).

(٢) حق توقيع الجزاء للإدارة ولو لم ينص عليه في العقد: المسلم في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن سلطة الإدارة في توقيع الجزاء قائمه حتى ولو لم يرد النص عليها فلا يعنى ذلك تقييد حرية الإدارة بما نص عليه في العقد، بل إنها تستطيع تحت

(٣٤٦) وهذا المعنى ترد فيه المحكمة الإدارية العليا على من يتخولون من سلطة الإدارة في هذا الصدد بأن هذا الحق يطلق الإدارة في توقيع الغرامة التي تقدرها بلا قيد من حيث مقدارها ، هذا القول مردود بان استعمال الإدارة حقها المخول لها من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء لإدراى للتحقق من أنه غير مشوب بالتصف (حكمها في ١٣ مايو ١٩٦٢ ص ١٠١٢).

(٣٤٧) الحكم الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٥٢ في قضية *Derlanqua* المجموعة ص ٥٤١ .

رقابة القضاء أن توقع على المتعاقد جميع أنواع الجزاءات المقررة^(٣٤٨)، وفي ذلك قضت محكمة القضاء الإداري بالقول:-

"ومن ثم فليس الذي يعتد به ما يقول به المدعى في مذكرته من أن شروط المزايدة لم ينص فيها على حق الوزارة في مصادره التأمين لأنه ما دام الغرض من التأمين هو ضمان التنفيذ فلا يمكن تصور قيام هذا الضمان ما لم يكن للوزارة حق مصادرة هذا التأمين في حالة عدم التنفيذ سواء نص عليه أو لم ينص في الشروط على هذا الحق وإلا لما كان هناك محل أصلاً لاشتراط دفع تأمين مع العطاء".

ويخلص استاذنا العميد الدكتور الطماوي هذه القاعدة في المبادئ الآتية :

(أ) أن خلو العقد من الجزاءات لا يجرد الإدارة من الحق في توقيعها . (ب) أن النص على بعض الجزاءات لا يحول دون توقيع باقيها . (ج) أن وضع جزاءات لبعض المخالفات لا يقيد الإدارة في توقيع جزاءات عن المخالفات الأخرى . (د) أنه إذا تحدد في العقد خطأ معين ووضع له جزاءات معينة فيجب أن تنقيد الإدارة به ، ولا يجوز كقاعدة عامة أن تستبدل به غيره^(٣٤٩).

والملاحظ أن القضاء لم يعمل الحكم الأخير على إطلاقه إلا بالنسبة للجزاءات المالية- أما فيما عداها من الجزاءات فإن مجلس الدولة الفرنسي يستهدف بهذه القاعدة "توجيهاً عاماً" بدليل أنه قد خرج في بعض الأحكام على الجزاء المتفق عليه بالنسبة إلى مخالفات معينة إما بالتخفيف إذا ما قدر أن العقوبة المتفق عليها مغالى فيها كوضع المرفق تحت الحراسة بدل عقوبة الفسخ المنصوص عليها في العقد^(٣٥٠) وإما بالتشديد إذا قدر أن حسامة المخالفة لا تتفق مع العقوبة المنصوص عليها في العقد كالاستعاضة عنها بالفسخ^(٣٥١) ، ولقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا أن تبلور هذه المبادئ في حكمها الصادر في ٢٧ نوفمبر ١٩٦٥ س ١١ ص ٥٢ بقولها:

(٣٤٨) الحكم الرئيسي الصادر في قضية *Deplanque* في ١٣ مايو ١٩٠٧ المجموعة ص ٥١٤ وفي مجموعة سري سنة ١٩٠٧ القسم الثالث مع تقرير روميو وتعليق هوريو وانظر حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٧ نوفمبر ١٩٥٧ (القضية رقم ١٩٩٨ لسنة ١٠ ق).

(٣٤٩) حكم المجلس الصادر في ٤ أبريل ١٩١٤ في قضية *Derart de vendee* المجموعة ص ٤٨٩

(٣٥٠) حكم المجلس الصادر في ٨ يوليو ١٩٢٥ في قضية *Guillet Finlly* المجموعة ص ٦٦١ .

(٣٥١) حكمة في ٢ يوليو ١٩٢٤ في قضية *Giran* المجموعة ٦٢٨ .

"وغنى عن البيان أن الجمع بين مصادرة التأمين والتعويض رهين بالآلا يحظر العقد صراحة هذا الجمع وأن يكون الضرر لا يزال موجودا بعد مصادرة التأمين بمعنى أن يكون قدر الضرر أكبر من مبلغ هذا التأمين".

وقد أصدرت بذات المعنى حكما في ١٠ ديسمبر ١٩٦٦ س ١٢ ص ٢٦٠

- وفي ٨ أبريل ١٩٦٧ (س ١٢ ، ص ٨٨٢).

(٣) إعذار المتعاقد قبل توقيع العقوبة : يفرض مجلس الدولة الفرنسي على الإدارة - كقاعدة عامة - أن تنذر المتعاقد المخالف قبل توقيع الجزاء ويستفاد من بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي تعميم هذا الالتزام على بعض الجزاءات مثل غرامات التأخير والفسخ، وفي حالة وضع المشروع تحت الحراسة^(٣٥٢) ، وقد أصدرت محكمة القضاء الإداري حكما في ٢١ يونيو ١٩٥٣ (س ٧ ص ١٦٤٣) يجعل من هذا الالتزام قاعدة عامة و استند فيها إلى نصوص القانون المدني حيث تقول:

"والأصل أن تخلف أحد المتعاقدين في التنفيذ على نحو يضار به الطرف الآخر لا ينشئ حقا في التعويض إلا بإعذار الطرف المتخلف وفقا لأحكام المادة ١٢٠ من القانون المدني الملغى والمادة ٢١٨ من القانون المدني الجديد إذ أن المسؤولية التعاقدية الناشئة عن التأخير يجب لاستحقاق التعويض عنها إعذار المدين . كما يجب أن يتم هذا الإعذار فور التأخير وأن يتضمن تكليفا بالتنفيذ".

ويضع مجلس الدولة الفرنسي على القاعدة السابقة الاستثناءات التالية : (أ)

تُغفى الإدارة من الإعذار إذا ما تضمن العقد أو دفا تر الشروط شرطا بهذا المعنى ، (ب) تُغفى الإدارة من الإعذار إذا كلفت الظروف تضي الضرورة الملحة على التنفيذ كتسليم المشتروات المتعلقة بالمجهود الحربي ، فحلول موعد التسليم يعتبر بذاته إعذارا للمتعاقد بالوفاء ، (ج) أن الإعذار ليس له شكل محدد فلا يلزم أن يتضمن تفاصيل بالتزام المتعاقد بالوفاء.

(٤) خضوع الإدارة في توقيع الجزاءات لرقابة القضاء : وهذه الرقابة تمثل ضمانه فعالة للمتعاقد ضد تصف الإدارة أو مخالفتها للقانون وهي من قبيل القضاء الكامل

^(٣٥٢) راجع مؤلف جيز في العقود الجزء الثالث ص ٨٩٥ حكم الصادر في ١١ يوليو ١٩٤١ في قضية *fernuiller*

المجموعة ص ١٢٤ أستاذنا العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٤٥٨ .

تتناول مشروعية القرار الإداري - من حيث الشكل أو الاختصاص أو مخالفة القانون أو التصف والاحراف وتمتد رقابة القضاء إلى البواعث التي حدثت بالإدارة إلى توقيع الجزاء كما نتناول أسبابه ، فيقدر القاضي ما إذا كان المتعاقد قد أخطأ حقيقة، وما إذا كان الجزاء الذي أوقعته الإدارة يتناسب مع الخطأ المنسوب للمتعاقد .

وفيما يتعلق بالجزاءات المالية يستطيع القاضي أن يحكم بردها أو بالإعفاء منها ، أو بتخفيضها على حسب الأحوال - أما وسائل الضغط ، والإكراه التي تلجأ الإدارة إليها فإن القاضي يستطيع الحكم بالتعويض عنها، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بإلغائها في جميع الحالات (٣٥٢) .

هذا وبعد إلقاء الضوء على الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية نتعرض بالدراسة لأنواع الجزاءات بالقدر الذي يخص عقد الامتياز وهي: الجزاءات المالية ، الجزاءات الضاغطة ، الجزاءات الفاسخة للعقد، الجزاءات الجنائية .

أولاً : " الجزاءات المالية " : يقصد بالجزاءات المالية المبالغ التي يحق للإدارة المطالبة بها إذا أخل المتعاقد بالتزاماته التعاقدية وهي: التعويضات (les dommages interets) و الغرامات (les penalites) ومصادرة التأمين.

١ - التعويضات Les dommages interets : التعويض هو الجزاء الأصيل للإخلال بالالتزامات التعاقدية في القانون الإداري ، وهو قريب من النظام المعمول به في القانون المدني فيما يتعلق بكيفية تقديره وفي اشتراط ركن الضرر حيث يحكم القاضي بالتعويض في حالة ثبوت الضرر وبقدر جسامته مع مراعاة الأخطاء التبادلية للطرفين وفيما يتعلق بكيفية تقدير وتحصيل التعويض، فإن الإدارة تنفرد بتحديد التعويض المستحق مع إعطاء المتعاقد حق المنزعة أمام القضاء في استحقاق التعويض وقيمه نظراً لما تتمتع به الإدارة في فرنسا من امتياز التنفيذ المباشر ولذلك يملك القاضي الحكم بإتفاص قيمة التعويض إذا كان مبالغاً فيه أو إعفاء المتعاقد منه إذا قام التعويض على أساس غير سليم من حيث القانون أو الواقع (٣٥١).

(٣٥٢) يراجع في ذلك مؤلف أستاذنا العميد الدكتور الطماوي في العقود المرجع السابق ص ٤٥٠ وما بعدها .

(٣٥١) يراجع أ.د. عصمت عبد الله الشيخ مبادئ ونظريات القانون الإداري ١٩٩٩ دار النهضة العربية ص ٦٥ ، ١٦ ، وانظر أ.د. هارون الجمل ص ١٠٧ مرجع سابق.

ولا يوجد في مصر نص قانوني أو لائحي يمنح الإدارة سلطة تحصيل التعويضات المستحقة لها بأسلوب أوامر الدفع، وبذلك تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض ، ويحق لها إجراء التحديد الانفرادي للتعويض في حالة وجود نص عقدي يخول هذا الحق حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بجلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٦٥ : " بأنه لا وجه لإلزام الإدارة بأن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض عن كل خسارة تلحق بها ما دام أن العقد يخولها صراحة الحق في إجراء خصم "مقاصة" دون حاجة إلى اتخاذ إجراءات قانونية أو قضائية عن أية مبالغ مستحقة أو يستحق للمتعاقد مهما كان سبب الاستحقاق سواء لدى المصلحة نفسها أو أية مصلحة حكومية أخرى " وهذه المبادئ تنطبق على عقد الامتياز في حالة النص عليها في العقد أو وثائقه".

هذا وقد نص القانون الجديد بتنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المادة ٢٦ منه والمادتين ٨٤ ، ٩٤ من لائحته التنفيذية على أنه في جميع حالات فسخ العقد، وكذا في حالة تنفيذه على حساب المتعاقد . يكون من حق الجهة الإدارية أن تخصم قيمة كل خسارة تلحق بها من أية مبالغ مستحقة لدى أية جهة إدارية أخرى . أما كان سبب الاستحقاق دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات قضائية ، بولئك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري .

أما التعويض في عقد امتياز الـ B.O.T. فقد تعرضت المادة (٢) من العقد بتحديد القانون الواجب التطبيق والأحكام المتعلقة بحق الملتزم في الحصول على تعويض عن الآثار التي لحقت به وتسبب عنها زيادة التكاليف نتيجة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان العقد ، وحق الملتزم في الحصول على التعويض ، أو مد فترة الالتزام بما يساوي المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها.

وقد تناولت المادة (١١) من هذا العقد اتفاق الطرفين على الالتزام بأحكام القوانين الناجبة للتطبيق في تحديد شروط ومدى إمكانية حصول كل طرف على تعويض من الطرف الآخر نتيجة إخلال الطرف الآخر بالتزاماته - كما تضمنت أحكام هذه المادة التدابير اللازم اتخاذها لتخفيف الخسائر في حالة القوة القاهرة ومسئولية

المالك (الهيئة) عن دفع تكاليف عمليات الإصلاح مع ضرورة مبادرة الملتزم بالإخطار فور بدء حدوث القوة القاهرة ،،، وتضمنت المادة (١٢) من العقد الأحكام المتعلقة بالحق في إنهاء العقد نتيجة القوة القاهرة (٣٠٠).

٢- الغرامات les penalites: تُعرف الغرامات بأنها مبالغ إجمالية تقدرها الإدارة مقدما بناء على نص في العقد يقضى بتوقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين لاسيما فيما يتصل بالتأخير في التنفيذ حسب المواعيد المحددة بالعقد، و لا يكاد يخلو منها عقد إداري، وتحدد الغرامة عادة بنسب تصاعدية عن كل يوم، أو كل أسبوع، أو كل

(٣٠٠) المادة (٢) القانون الواجب التطبيق :-

(أ) في حالة حدوث تعديلات في القوانين و اللوائح أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان هذا العقد يتسبب عنها زيادة في التكاليف .. فعلى الملتزم إخطار المالك بذلك خلال عشرة أيام على أن يتضمن الإخطار كافة التفاصيل المتعلقة بالتعديل الذي تم وآثاره على الملتزم و الإجراءات المقترحة ، وعلى المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة في التكاليف ،أو مد فترة الالتزام بما يساوى المدة التي تسببت القوانين و اللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء وفقاً لما تم الاتفاق عليه بين الطرفين .

المادة (١١) التعويض عن الأضرار :-

(أ) يتفق الطرفان على الالتزام بأحكام القوانين واللوائح الواجبة التطبيق في تحديد شروط ومدى إمكان حصول طرف على تعويض من الطرف الذي يخلف بتنفيذ التزاماته على الاتفاق .

(ب) مع مراعاة أحكام العقد الأخرى لا يجوز اقتضاء تعويض إلا عن نوع و بمقدار الخسارة الذي توقعه الطرف المخلف بالتفويض أو الذي كان يمكن توقعه عند التعاقد، أو عند الإخلال بالتفويض ونتيجة له

(ج) على الطرف الذي يتكبد الخسائر نتيجة لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته أن يتخذ كل التدابير اللازمة لتخفيف تلك الخسائر .. فإذا لم يتخذ هذه التدابير ، سقط إلزام بدفع تعويض عن أى خسائر كان يمكن تجنبها بالتدابير المذكورة ، وإذا اتخذ هذه التدابير حق له أن يحصل على تعويض كامل عن جميع خسائره بما في ذلك التكاليف المعقولة التي يكون قد تكبدها لدى اتخاذ تلك التدابير ، حتى لو لم تنجح التدابير في تخفيف الخسارة .

(د) إذا لحق ضرر بالمطار أو بأى جزء منه بسبب القوة القاهرة يكون المالك مستولاً عن دفع جميع تكاليف عمليات الإصلاح أو إعادة البناء أو الاستبدال بحسب مقتضى الحال لإعادة المطار إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر .

(هـ) على الملتزم أن يحظر المالك فور بدء حدوث القوة القاهرة ، أو توقعها بكافة التفاصيل المتاحة عن الحادث وآثاره وعليه بالتقدير الذي يكون ذلك ممكناً إتخاذ جميع الإحياطات والتدابير اللازمة لتدارك ومعالجة آثار القوة القاهرة والتخفيف منها ، وإلا سقط حق الملتزم في المطالبة بالتعويض عن أى خسائر كان يمكن تداركها أو التخفيف منها باتخاذ تلك الإحياطات والتدابير .

المادة (١٢) إلغاء بسبب القوة القاهرة : للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة ، وعليه أن يعرض المستثمر عن ما لحقه من خسارة من جراء ذلك إلغاء وكذلك جميع المطالبات التي قد توحد للمستثمر من أى أطراف يكون قد لحقها ضرر من ذلك وعلى المستثمر أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير

شهر بحيث لا يجاوز مجموع الغرامة نسبة معينة كحد أقصى على أساس من قيمة ختامي العملية أو قيمة الأعمال المتأخرة حسب الأحوال وتوقع الغرامة بمجرد حصول التأخير ولو لم يترتب عليه ضرر وذلك دون حاجة إلى أي تنبيه أو إنذار أو استصدار حكم قضائي فالضرر في هذه الحالة يفترض افتراضاً غير قابل لإثبات العكس (٣٥٦).

وتملك الإدارة توقيع الغرامة بقرار منها ودون حاجة لإثبات الضرر بمجرد تحقق المخالفة التي تقررت الغرامة لمواجهتها ويرتب القضاء على المصدر التعاقدى للغرامات النتائج الآتية (٣٥٧) :

- أ) أن الأرقام المحددة في العقد أو "اللوائح" لهذه الغرامات تلزم الإدارة فلا تستطيع أن تطالب بأكثر منها ولا تملك أن تجمع بينها وبين التعويض.
- ب) أن المتعاقد يلتزم بتلك الأرقام . فليس له أن ينازع في مدى استحقاق الإدارة لها أو الاحتجاج بأنها لا تتناسب مع الأضرار الحقيقية التي لحقت بها من جراء المخالفة.
- ج) إذا لم يكن للإدارة الجمع بين الغرامة والتعويض فإنها تستطيع أن تجمع بينها وبين الجزاءات التي تستهدف الضغط على المتعاقد أو الفسخ .
- د) من حق الإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها أو تتنازل عنها بشرط الكشف عن إرادتها صراحة.

وقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٢٠ أبريل ١٩٩٣ بأن غرامة التأخير تختلف عن التعويض الاتفاقي في العقود المدنية بقولها : " أن غرامة التأخير تتميز عن التعويض الاتفاقي في مجالات القانون الخاص بأحكام خاصة أهمها أن أحد أركانها وهو الضرر يفترض وقوعه بمجرد حصول التأخير إلا أنه يجوز للطرف الآخر أن يثبت انتفاء ركن الخطأ - ومتى انتفى أحد أركان المسؤولية الموجبة للتعويض فلا مجال عندئذ لاستعمال الحق المخول للإدارة في اقتضاء التعويض لانعدام الأساس القانوني الذي يقوم عليه" (٣٥٨).

(٣٥٦) حكم المجلس الصادر في ٥ مايو ١٩٢٠ Hayem المجموعة ص ٤٤٣ .

(٣٥٧) د.د. العميد الطماوى في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤٦٦ ، ٤٦٧ .

(٣٥٨) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٨٨٩ لسنة ٣٢ جلسة ٢٠ أبريل ١٩٩٣ .

وقد نظمت اللاحة التنفيذية للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المادتين ٨٣ ، ٩٤ غرامات التأخير وحددت نسبها بحيث لا تجاوز في مجموعها ١٠% من قيمة ختامي العملية أو من قيمة الأعمال المتأخرة في عقود المقاولات الأعمال وعن ٣% من قيمة الأصناف المطلوبة كلها أو بعضها في عقود التوريد.

وفي تحديد الأساس الذي وفقا له تحسب غرامة التأخير في مقاولات الأعمال ، أرست المحكمة الإدارية العليا المبدأ الآتي :

" للجهة المتعاقدة سلطة تحديد مبدأ حساب غرامة التأخير عن تأخير المقلول في تسليم العمل في الموعد المحدد ، وتحديد الأعمال التي تحسب على أساسها غرامة التأخير إن كانت الأعمال التي تراخى المقلول في تنفيذها تحول دون الاستفادة بالمشروع المتعاقد عليه على الوجه الأكمل، وتحسب الغرامة على أساس قيمة ختامي العملية ، وإذا رأت جهة الإدارة أن الأعمال المتأخرة لا تبلغ من الأهمية الحد الذي يحول دون استفادتها بالمشروع . رغم تراخى المقلول في تنفيذها يكون حساب الغرامة على أساس قيمة الأعمال المتأخرة ، وأن تحديد مدى أهمية الأعمال المتأخرة ومدى تأثيرها على الاستفادة من المشروع يدخل في نطاق السلطة التقديرية لجهة الإدارة بغير معقب عليها ما دامت تستهدف وجه الصالح العام . (٣٥٩)

ولقد قننت اللاحة التنفيذية للقانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ هذا المبدأ في المادة ٨٣ بأنه وتحسب الغرامة من قيمة ختامي العملية جميعها إذا رأت الجهة الإدارية أن الجزء المتأخر يمنع الانتفاع بما تم من العمل بطريق مباشر أو غير مباشر على الوجه الأكمل في المواعيد المحددة أما إذا رأت الجهة أن الجزء المتأخر لا يسبب شيئا من ذلك فيكون حساب الغرامة بالنسب والأوضاع السابقة من قيمة الأعمال المتأخرة فقط ، وللإدارة الحق في أن توقع الغرامات المنصوص عليها في لائحة المناقصات والمزايدات حتى ولم ينص عليها في العقد صراحة ، وذلك على أساس أنه ما دام لم يستبعد الأطراف تطبيقها صراحة في العقد فاتها تندمج فيه وتأخذ حكم الشروط - وتقول المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد:

" أن القوانين واللوائح التي يتم التعاقد في ظلها . إنما تخاطب الكافة وعلمهم بمحتواها مفروض . فإن أقبلوا حال (قيامها) على التعاقد مع الإدارة . فالمفروض

(٣٥٩) المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٢٩٨ لسنة ٢٧ جلسة ٨ مارس ١٩٨٦ .

أنهم قد ارتضوا كل ما ورد بها من أحكام وحينئذ تندمج في شروط عقودهم وتصير جزءا لا يتجزأ منها حيث لا فكاك من الالتزام بها ، ما لم ينص العقد صراحة على استبعاد أحكامها كلها أو بعضها عدا ما تعلق منها بالصالح العام".

وللإدارة الاتفاق مع المتعاقد معها على تحديد مقدار الغرامة بنسب أعلى من تلك المنصوص عليها في القوانين واللوائح- وفي ذلك تقول المحكمة العليا :

" إذا تضمنت الشروط الخاصة " للمزايدة " تحديدا لمقدار الغرامة التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة . في حالة إخلاله بالتزاماتها قبلها . فإن مقدار الغرامة حسبما نصت عليها هذه الشروط يكون هو الواجب إعماله دون النص اللاحق وذلك لأنه خاص ، ومن المبادئ المسلمة بها أن الخاص يقيد العام، ولأنه الذي توافقت عليه إرادة المتعاقدين المشتركة" (٣١٠).

وقضت المحكمة الإدارية العليا أنه " إذا ما توقع المتعاقدان في العقد الإداري خطأ معنا ووضعاً له جزاء بعينه . فإنه يجب على الإدارة أن تتقيد به " حكمها في ١٣ نوفمبر ١٩٧١ س ١٧ ص ٩ وأنه ليس للإدارة أن تضيف إلى الجزاءات المنصوص عليها لمواجهة خطأ معين جزاءات أخرى (حكمها في ٣ يناير ١٩٧٠ س ١٥ ص ٩١). وفي مجال الإعفاء من غرامة التأخير (٣١١) - استقر الفقه والقضاء والتشريع في مصر على وجود حالات يعفي فيها المتعاقد مع الإدارة من كل مسئولية عن التأخير في تنفيذ التزامه ، ويكون الإعفاء من الغرامة وجوبياً . بمعنى أن الإدارة لا توقع الغرامة ابتداء إذا توافر سبب الإعفاء القانوني - هذا وبالمقابل هناك حالات أخرى يكون إعفاء المتعاقد فيها تقديري وجوازي لجهة الإدارية كما يلي :

* الإعفاء الوجوبي من الغرامة (٣١٢): تنحصر حالات الإعفاء الوجوبي من غرامة التأخير في حالتين هما :

(٣١٠) المحكمة الإدارية العليا في ١١ ديسمبر ١٩٦٥ - ١٢٧/١٥/١١ .

(٣١١) د . عادل خليل في العقود الإدارية المراجع السابق ص ٣٦ وما بعدها .

(٣١٢) انظر حكم محكمة القضاء الإداري في ١١ يناير سنة ١٩٥٦ مجموعة الأحكام السنة العاشرة ص ١٤٠ وبمراجع لقوى الجمعية العمومية رقم ٣٨٧ في ٣١ مايو ١٩٥٩ مجموعة الأستاذ أبو شادي ص ٧٥٣ وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٩/٥/٣٠ طعن رقم ٢٥٥٩ لسنة ٣١ ق حيث قضت بأن " لا يعفي المتعاقدان من الغرامة إلا إذا ثبت أن إخلاله بالتزامه يرجع إلى قوة قاهرة أو إلى خطأ جهة الإدارة المتعاقد معها.

١) إذا كانت جهة الإدارة هي وحدها التي سببت التأخير في كل مرة مثال ذلك تكليف المتعاقد مع الإدارة بأعمال جديدة ، وكان الأمر بها قد صدر في وقت لا يسمح بتنفيذ الأعمال في باقي المدة المتفق عليها في العقد ، وكذلك الأمر الصادر من الجهة الإدارية ب إيقاف الأعمال لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد.

٢) إذا كان المتعاقد ضحية لقوة قاهرة: فتنقضي المسؤولية العقدية عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، وبالتالي لا يتحمل الآثار القانونية المترتبة على ذلك.

وقد نصت المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ صراحة على أن : " يعفي المتعاقد من الغرامة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة إذا ثبت أن التأخير لأسباب خارجة عن إرادته " ، ذلك أن مسؤولية المتعاقد لا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي .

* الإعفاء التقديرى (أو الجوازى) من الغرامة : في الحالات التي يكون فيها تأخير المتعاقد مع الإدارة راجعا إلى تقصير منه، ولم يتوافر السبب الأجنبي الذي يفي به وجوبيا من الغرامة ، فإن الجهة الإدارية المتعاقدة لديها السلطة التقديرية في إعفائه من غرامات التأخير . ذلك إذا قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف .

وقضت المحكمة الإدارية العليا بأنه:- "ومن المسلم به أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد، ولذا فلها أن تقدر ظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها في العقد كلها أو بعضها. بما في ذلك غرامة التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلا وقياسا على هذا النظر فإن الإدارة إذا أقرت صراحة أو ضمنا بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتبنا على أن تنفيذ العقد في المواعيد كان غير لائق فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير" (٢٦٣).

وقضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٤ مايو ١٩٩٣: "من المسلم به أن اقتضاء الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها

(٢٦٣) للسلطة المختصة بعد أخذ رأى إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة . إعفاء المتعاقد من الغرامة إذا لم يتج عن

التأخير ضرر ، وحكمها الصادر في ٢١ مارس ١٩٧٠ - ١٥ ص ٢٢٢

القوامة على حسن سير المرافق العامة ، والقائمة تبعا لذلك على تنفيذ شروط العقد ، ومن ثم فلها أن تقدر الظروف الذي تم فيها تنفيذ العقد وظروف المتعاقد فتعفيه من تطبيق الجزاءات المنصوص عليها كلها ، أو بعضها بما في ذلك غرامة التأخير إذا هي قدرت أن لذلك محلا . كما قدرت أنه لم يلحق المصلحة العامة أي ضرر من جراء التأخير ، أو غير ذلك من الظروف وبالتالي فإن الإدارة إذا أقرت صراحة ، أو ضمنا بأنها لم تحرص على تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها ترتيبا على أن تنفيذ العقد في هذه المواعيد كان غير لازم فيعتبر ذلك بمثابة إعفاء ضمني للمتعاقد من تنفيذ الغرامة عليه مما لا يكون معه محل لتوقيع غرامة التأخير .

وقد صدر هذا الحكم في قضية تتخلص وقائعها في أن مؤسسة مصر للطيران تعاقدت مع مقاول على توريد وتركيب وحدة توليد كهرباء لمستشفى مصر للطيران ، وحدد في أمر التوريد أربعة أشهر من تاريخ استلام أمر التشغيل ، وأربعة أشهر من تاريخ تسليم مواقع العملية للتركيب ، وبرغم أن التوريد لم يتم في الميعاد إلا أن الإدارة لم تقم بتسليم الموقع خاليا من الموانع إلا بعد أكثر من خمسة أشهر من إتمام التوريد ، وقام المورد بالتركيب في الموعد المحدد له ، وهو أربعة أشهر من تاريخ استلام الموقع خالٍ من العوائق ، وعندما خصمت منه الإدارة المالية غرامة تأخير تظلم من قرار خصم الغرامة وشكلت لجنة لدراسة الموضوع ، وانتهت إلى أن المقاول لم يتأخر في التوريد والتركيب كمدة كليه وأن مصر للطيران لم يلحقها ضرر من جراء استطالته مدة التنفيذ فقضت المحكمة بحكمها المشار إليه بالزام المؤسسة برد ما تم خصمه من مستحقاته كغرامات تأخير (٣٦٤) .

وفي فتوى حديثة أكدت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة :
عدم أحقية الهيئة العامة لمرفق الصرف الصحي بالقاهرة الكبرى في فرض غرامه تأخير على شركة المقاولون العرب بسبب عملية تصميم ، وتنفيذ مشروع تجفيف أحواض الحماة بالجبل الأصفر وذلك أن المشروع أوجب على المقاول الالتزام بإنهاء الأعمال موضوع التعاقد بحيث تكون صالحة تماما للتسليم المؤقت في الميعاد المتفق عليه بالعقد وأن لجهة الإدارة فرض غرامات تأخير لما يصيبها من إخلال المقاول بحسن سير العمل وكان الميعاد المقرر لإنهاء العملية محل نزاع قد تم تعديله أكثر من

(٣٦٤) الطعن رقم ٣٣٤٨ لسنة ٣٤ م جلسة ١٩٩٣/٥/٤ انظر د. عادل خليل - في العقود الإدارية ص ٣٧ ، ٣٨

مرة بمعرفة جهة الإدارة لأسباب خارجة عن إرادة الشركة وهذا ما أقرت به الهيئة . كما ثبت في الأوراق أن المشروع متوقف على توصيل التيار الكهربائي الذي أفادت الهيئة أنه من اختصاصها . بالاشتراك مع كهرباء القاهرة ، ولأن توصيل الكهرباء يعد بمثابة العامل الأساسي لإنهاء الأعمال المسندة للشركة في المواعيد المتفق عليها ، ومن ثم تأجلت أعمال التشطيبات الأخرى فضلاً ، على أن جهة الإدارة قد تأخرت في تدبير النفقات المالية اللازمة للمشروع على النحو الذي أقرت به الهيئة ذاتها ، إضافة إلى أن هناك أعمال إضافية تم تكليف الشركة بتنفيذها ، ولم تكن واردة بعقد الإسناد .

والخلاصة المستفادة من أحكام الإدارية العليا وفتيا الجمعية العمومية أن القضاء يسمح بالتوسع في السلطة التقديرية للإدارة بغرض إعفاء المتعاقدين من الغرامات كلياً أو جزئياً حسب ظروف التنفيذ - إذا ما قدر القاضي أن لذلك محلاً وإن المصلحة العامة لم تتأثر من جراء التأخير أو غير ذلك من الظروف وفقاً لسلطة الإدارة التقديرية باعتبارها القوامة على حسن سير المرفق العام والقائمة تبعاً لذلك على تنفيذ شروط العقد .

وهذه الأحكام تنطبق بطبيعة الحال على عقد الامتياز والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* باعتبارها من الأصول والمبادئ العامة الواجبة الإتياع في هذا الصدد ، وقد تضمنت عقود امتياز الـ *B.O.T.* أحكاماً في شأن غرامات التأخير وهي ذات طبيعة اتفاقية وتلقائية في توقيعها كما تخضع للقواعد العامة في شأن غرامات التأخير في المادة ٩ من العقد وبالملحق رقم ٣٠. (٣١٥)

(٣١٥) انظر المادة (٩) من العقد والملحق (٣٠) الوقائع المصرية المرجع السابق ص ٨١، ١٥

المادة (٩) التأخير في التنفيذ

(أ) إذا لم يتجز المتلزم إلتزاماته في التواريخ المحددة لإنجازها وفقاً لجداول التنفيذ بالملاحق (١٩، ١٨) يحق للمالك أن يحصل من المتلزم على غرامة تأخير عن كل شهر أو جزء من شهر تأخير ينقضي بعد التاريخ المحدد للإنجاز ويتم حساب الغرامة وفقاً لما تم تحديده بالملحق (٣٠) .

(ب) مع عدم الإخلال بأى حق في إقتضاء المبلغ المشار إليه في (أ) من هذا البند يتعين على المتلزم الإستمرار في إنجاز التزاماته .

(ج) لا يجوز أن يتجاوز مبلغ غرامة التأخير المستحق الدفع بمقتضى الفقرة (أ) من هذا البند حد أقصى قدره ٥% من قيمة الأعمال التي لم يتم إنجازها في مواعييدها المحددة .

(د) لا ينطبق الحد لإقصى المحدد في الفقرة (ج) من هذا البند على حالات الإخلال بالتنفيذ بقصد أحداث خسائر أو على حالات الإخلال بالتنفيذ الناشئ عن عمد رغم العلم بأن يرجح أن تترتب عليه خسائر . =

٣- مصادرة التأمين النهائي وهو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من قيمة العقد يودع من الراسي عليه العطاء في أحد البنوك المعتمدة لصالح الجهة الإدارية المتعاقدة كضمان للتنفيذ وعلى الإدارة أن تقوم برده أو ما تبقى منه للمتعاقد إذا تم التنفيذ وفق شروط العقد المتفق عليها وبغير طلب من المتعاقد.

أما التأمين المؤقت (أو الابتدائي) : فهو عبارة عن مبلغ يحدد بنسبة معينة من القيمة التقديرية للعقد يقدم من مقدم العطاء لصالح الجهة الإدارية لاثبات جديته في التعاقد معها ويرد إليه بغير طلب منه إذا لم يرسو عليه العطاء ويفقد التأمين إذا عل عن عطائه قبل جلسة فتح المظاريف .

ويعتبر التأمين النهائي بمثابة ضمان لجهة الإدارة يؤمنها في مواجهة الأخطاء التي تصدر من المتعاقدين معها أثناء تنفيذ العقد بما يضمن مصلحة المرفق العام وانتظام سيره بحيث يمكن للإدارة تحصيل غرامات التأخير والتعويضات والمبالغ المستحقة على المتعاقدين فلا يتصور قيام الضمان ما لم يكن للإدارة حق مصادرة التأمين أي اقتضاء قيمه التأمين بطرق التنفيذ المباشر دون ما حاجة إلى الالتجاء إلى القضاء في حالة عدم التنفيذ فالسطة الاستثنائية التي تملكها الإدارة تخولها حق

الملاحق (٣٠) قواعد حساب غرامات التأخير - التأخير في تنفيذ إنشاء المطار (المرحلة الأولى) إذا تأخر المستثمر في تنفيذ التزاماته في التواريخ المحددة وفقاً لجدول التنفيذ والتي يتم تحديدها بالملاحق (١٩، ١٨، ٦، ٥) للمالك أن يحصل على غرامة تأخير كالاتي: ٠,٥% عن الشهر الأول أو جزء منه ، ١% عن الشهر الثاني أو جزء منه ، ١,٥% من الشهر الثالث أو جزء منه ، وتزداد الغرامة بواقع ٠,٥% عن كل شهر لاحق.

بحيث لا تتجاوز قيمة الغرامة الموقعة عن ٥% من قيمة الأعمال التي لم يتم إنجازها في مواعيدها المحددة. ويجب لتوقيع الغرامة إلا يكون هناك أى تأخير من قبل المالك في اعتماد التصميمات والرسومات ويقوم المستثمر بإضافة هذه المدة للعقد بناء على إخطار كتابي منه للمالك.

لا تطبق الغرامة في حالة أى ظروف قهرية تؤدي إلى توقف العمل، والمقصود بالظروف القهرية هي الظروف المحددة في تعريف القوة القاهرة طبقاً للملاحق الخاص بالمصطلحات والتعريفات.

إذا كانت العملية مجزأة تطبق الغرامة على كل جزء على حدة حسب قيمته الختامية وتخفيض غرامة التأخير بنسبة قيمة الجزء الذي تم استلامه إلى قيمة الأعمال بالكامل.

لا تسري الغرامة في حالة توقف الأعمال بناء على طلب المالك - لأي سبب من الأسباب.

كافة المطبوعات الفنية وكتيبات الصيانة أو لإصلاح أو كلاهما يجب أن تكون محدثة متضمنة أحدث تعديل مندمجة معها وتكون مكتملة كما هو وارد في قائمة مراجعة خاصة.

فرض جزاء التعويض أو الغرامة المنصوص عليها في العقد الإداري دون تدخل من القاضي. (٣١٦)

وطبقا لقانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ١٣٦٧ لسنة ١٩٩٨ تقضي المادة ٢٦ من القانون والمادتين ٨٤ ، ٩٤ من اللاحة بأنه يجوز الجمع بين مصادرة التأمين النهائي والتعويض، وذلك يؤكد ما استقرت عليه المحكمة الإدارية العليا من إجازة الجمع بين الجزاءين لاختلاف الأساس القانوني لكل منهما فمصادرة التأمين لمصلحة الإدارة كجزاء يوقع على المتعاقد المقصر في تنفيذ التزاماته حتى ولم لم يلحق الإدارة أية أضرار من هذا الإخلال أما التعويض فأساس الحصول عليه هو إثبات وقوع ضرر فعلي للإدارة .

وبذلك فإن مصادرة التأمين لا تمنع الإدارة من المطالبة بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي لحقت بها بسبب خطأ المتعاقد معها ، ولا يعتبر ذلك جمعا لتعويضين عن فعل واحد لاختلاف الأساس القانوني في الحالتين . (٣١٧)

وفيما يتعلق بضمانات التنفيذ في عقود امتياز الـ B.O.T فقد تضمنت المادة (٤) من العقد والملحق رقم (٢٨) كيفية إيداع ضمان التنفيذ وأحكامه (٣١٨).

(٣١٦) د / عصمت الشيخ - مبادئ ونظريات مرجع سابق ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ .

(٣١٧) د / عادل خليل في العقود الإدارية المرجع السابق ص ٤١ .

(٣١٨) انظر المادة (٤) والملحق (٢٨) ص ٧٩، ١٣، ١٢

المادة (٤) ضمان التنفيذ: - يجب على الملتزم أن يودع خلال ثلاثين يوما من تاريخ التوقيع على هذا العقد وكضمان لتنفيذ التزاماته المنصوص عليها بالبند (٣/أ، ب، ج) من هذا العقد خطاب ضمان بقيمة تعادل أربعة = ملايين جنيه مصري يكون ساري المفعول حتى اكتمال أعمال الإنشاء وبدء تشغيل المطار في ٢٠٠٢/٧/١ م وبالصيغة والشروط التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٢٨) ضمان تنفيذ عقد منح الالتزام:

القاهرة في ١٢/١٠/١٩٩٧

السادة / الهيئة المصرية العامة للطيران المدني خطاب ضمان نهائي رقم

تحية طيبة وبعد.....

نشرف بإفادة أننا بموجب خطابنا هذا نضمن لكم السادة / شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ش.م.م في حدود مبلغ ٤٠٠٠.٠٠٠ جنيه مصري (أربعة ملايين جنيه مصري) بغرض إنشاء المطار وفقا للبرنامج العام المقدم وطبقا للمكونات الرئيسية المحددة بالملحق رقم (٥) والتخطيط العام المحدد بالملحق رقم (٦) والبرنامج الزمني المحدد بالملحق (٥) ويسرى مفعول هذا الضمان حتى ٢٠٠٢/٧/١ . =

ثانياً : " الجزاءات الضاغطة " " *Les sanctions coercitive* " : تعتبر الجزاءات

الضاغطة وسيلة تستخدمها الإدارة لإرغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية عن طريق حلول الإدارة محل الملتزم المقصر أو بإحلال غيرها محله -

ذلك أن ما يعنى الإدارة في المقام الأول هو ضمان تنفيذ العقد من أجل سير

المرفق العلم بانتظام واطراد وهي جزاءات مؤقتة " *Des sanctions*

temporaires لا تنتهي العقد ولكنها تكل تنفيذه إلى غير المتعاقد الأصلي وعلى

مسئولية هذا الأخير - أو كما تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر

في ١٧ مارس ١٩٥٧ (س ١١ ص ٢٧٢) " وقد استقر قضاء هذه المحكمة

على أن هذا الإجراء لا يتضمن انتهاء العقد بالنسبة للمتعاقد المقصر بل يظل هذا

المتعاقد مسئولاً أمام جهة الإدارة و تتم العملية لحسابه وعلى مسئوليته "

وتقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٧ يناير ١٩٩١ طعن

رقم ٢٠٧٤ لسنة ٣٤ م: " أن لجهة الإدارة سلطة تقديرية في تقدير التنفيذ على

حساب المتعاقد المقصر في تنفيذ التزامه وفقاً لقاعدة تنفيذ الالتزام عيناً " ، فالإدارة

في تنفيذها للعقد على حساب المتعاقد المقصر تعد في مركز الوكيل عنه ومن ثم

تطبق قواعد الوكالة طبقاً لنص المادة ٧٠٤ من القانون المدني حيث تلتزم الإدارة

بأن تبذل في هذه الوكالة العناية التي تبذلها في أعمالها الخاصة، وفي حالة تعاقد

الإدارة على أعمال معينة تتكون من عدة مراحل متعاقبة يحدد كل منها زمن معين

يجوز للإدارة توقيع جزاء سحب العمل أثناء تنفيذ أي مرحلة وقبل أن تنتهي المدة

المحددة لإتمامها (٣١٩).

والمسلم في قضاء مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة تملك توقيع تلك

العقوبات حتى ولو لم يرد النص عليها في العقد وذلك في حالة إخلال المتعاقد

حرمي انتهى هذا التاريخ دون أن تصلنا أية متطلبات منكم يسقط تعهدنا هذا تلقائياً دون حاجة إلي إخطار سابق من جانبنا ويحترض ضماناتنا هذا ملغي وكان لم يكن.

وتفضلوا بقبول فائق الاحترام

بنك

(٣١٩) انظر د / عادل خليل - العقود الإدارية ص ٤٢ وما بعدها مرجع سابق.

بالتزاماته إخلالاً جسيماً *FAUTE GRAVE* وتتخذ الجزاءات الضاغطة " أو وسائل الضغط" الصور الرئيسية الثلاث وهي:- (٢٧٠)

١- وضع مشروع عقد الامتياز تحت الحراسة *La mise sais sequestre*

٢- حلول الإدارة محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة *La mise en regie*

٣- الشراء على حساب المتعاقد في عقد التوريد *La marche par default*

ويتفق جزاء وضع مرفق الامتياز تحت الحراسة والطبيعة الذاتية لعقد الامتياز إذا ما قصر الملتزم في تسيير المرفق تقصيراً جسيماً، أو إذا كان هناك ما يهدده بالتوقف ولو بدون خطأ من الملتزم كإضراب لا ذنب له فيه، ذلك أن وضع المرفق تحت الحراسة لا يؤدي إلى فسخ عقد الامتياز، ولا إلى إسقاط حقوق الملتزم وكل ما يترتب عليه هو رفع يده مؤقتاً عن إدارة المشروع.

وفي تحديد الطبيعة القانونية لجزاء فرض الحراسة بالنسبة لعقد الامتياز- اتجه غالبية الفقهاء إلى إدخاله في عداد الشروط اللاحقة تأسيساً على أن الإدارة تستطيع - بما تملكه من سلطات تنظيمية طبقاً للقانون - فرض الحراسة، ولا يمكنها التخلي عن مراقبة المرفق والتدخل في شأنه حالة عجز الملتزم على إدارته. بل إن من واجبها أن تتولى بنفسها مسئولية تسيير المرفق مثل ذلك عدم قيام شركة سكة حديد الدلتا بصيانة الخطوط الحديدية وتحسينها على الوجه الذي ترضاه الحكومة^(٢٧١) - ويستند قرار وضع المرفق تحت الحراسة إلى توافر أحد سببين:-

الأول: وقوع مخالفات جسيمة من جانب الملتزم من شأنها تعريض استمرار وانتظام المرفق للخطر ويتحقق ذلك في حالة التوقف الكلي أو الجزئي للمرفق أو كان ذلك نتيجة عجز الملتزم أو عدم كفايته أو قدرته .

الثاني: وجود قوة قاهرة واستمرارها يهدد مرفق الامتياز بالتوقف عن العمل تماماً نتيجة إضراب العاملين دون أن يكون الملتزم متسبباً فيه بفرض الحراسة في هذه الحالة يضحى لازماً رغم عدم وجود خطأ من الملتزم.

ومن المسلم في فرنسا أن الإدارة بما لها من امتياز التنفيذ المباشر يمكنها فرض الحراسة على المرفق بقرار عاجل دون حاجة لاستصدار حكم قضائي قد

^(٢٧٠) أستاذنا الدكتور العميد الطماوى في العقود الإدارية مرجع سابق ص ٤٧٩ وما بعدها .

^(٢٧١) فتوى قسم الرأي مجتمعاً رقم ٤٠ في ٤ فبراير ١٩٥٣ مجموعة الأستاذ أبو شادى ص ٧٢ .

يستغرق وقتاً طويلاً، ويمكن للملتزم المنازعة في مشروعيه القرار والمطالبة بالتعويض عنه أمام قاضي العقد ، الذي يملك إلغاءه إذا خلص إلى عدم مشروعيته.

ولا يشترط لفرض الحراسة توجيه إنذار للملتزم إلا إذا نص عقد الالتزام على ذلك صراحة ويشترط الفقه الفرنسي في هذه الحالة ألا تطول الفترة التالية للإعذار حتى لا يؤثر في السير المنتظم للمرفق (٣٧٢) .

آثار فرض الحراسة: ويترتب على قرار أو قانون فرص الحراسة على المرفق الآثار القانونية التالية : (٣٧٣).

* رفع يد الملتزم المقصر عن المرفق بإبعاده عن ادارته طوال فتره فرض الحراسة ، حيث تتولى الإدارة مسئولية الاستغلال المؤقت للمرفق إما بنفسها عن طريق من يمثلها، وإما عن طريق مقالٍ تقوم بتعيينه كحارس على المرفق، وإما بتعيين أحد وكلاء الملتزم ذاته كحارس يكون مسئولاً أمامها مباشرة عن إدارة المرفق . ويتولى الحارس استغلال المرفق وكل ما يقوم به من تصرفات قانونية أو أعمال تتصرف آثارها للملتزم الذي يبقى مسئولاً عن المرفق .

* يكون من حق الإدارة الاستيلاء مؤقتاً على جميع ما يوجد في المرفق من منشآت ومعدات لازمة مملوكة للملتزم لتشغيل المرفق ، وتسأل الإدارة عن أي تلف يحدث لها بسبب أعمال الحارس .

* يكون استغلال المرفق أثناء فترة الحراسة وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الامتياز وبفتر الشروط الملحق به ، ومن ثم يكون للملتزم حق الرقابة على المرفق أثناء فترة الحراسة ، ويمكنه الالتجاء إلى القضاء لوقف التصرفات المخالفة والضارة بحقوقه في العقد كما لو قامت الإدارة بخفض رسوم الانتفاع أو السماح بإجراءات تزيد من تكاليف الاستغلال .

* تملك الإدارة حق تحصيل رسوم الانتفاع وإيرادات المرفق طوال فتره الحراسة ، وهذه الإيرادات من الأموال العامة فلا يجوز حجز عليها من دائني الملتزم .

(٣٧٢) د/ عادل خليل - العقود الإدارية - مرجع سابق ص ٤٥

(٣٧٣) راجع د / فياض نظرية الجزاءات مرجع سابق ص ٢٠٧ وما بعدها .

* تقع تكاليف تشغيل المرفق أثناء الحراسة على الملتزم إذا كان فرض الحراسة قد تم بسبب وقوع خطأ جسيم منه، أما إذا كان فرض الحراسة بسبب قوة قاهرة لا يد للملتزم فيها فإن الإدارة تتحمل وحدها مصروفات الإدارة والتشغيل. وتنتهي الحراسة إما بانتهاء المدة التي تحددها الإدارة أو المدة المحددة في عقد الالتزام أو بفسخ العقد سواء من جانب الإدارة أو بحكم قضائي. (٣٧٤).

ثالثاً: "الجزاءات الفاسخة" تعد الجزاءات الفاسخة من أخطر الإجراءات التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة مضطرة ضد المتعاقد معها حين يقع منه أخطاء جسيمة فلا يكون هناك أمل أو فائدة من استمرار العلاقة العقدية معه.

وفي مصر يتم الفسخ في جميع العقود الإدارية بالإرادة المنفردة لجهة الإدارة دون حكم قضائي، و يشترط مجلس الدولة الفرنسي في حالة فسخ عقد الامتياز ضرورة الحصول على حكم قضائي بالفسخ، و يستخدم المجلس في حالة فسخ عقد الامتياز اصطلاح "إسقاط الالتزام" *la decheance du " concessionnaire "* وفي العقود الإدارية الأخرى اصطلاح "الفسخ" *resiliation* ويحيط مجلس الدولة الفرنسي "الإسقاط" بقيود شديدة وذلك بوجوب أن يرتكب الملتزم خطأ بالغ الجسامة *une faute tres grave* ولم تجد معه وسائل الضغط والجزاءات الأخرى، وتقول محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ ٣ مارس ١٩٥٧:

"وإذا كان سحب الالتزام يعتبر جزاءً شديداً لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فإن التجاء الإدارة إليه لا يكون إلا في أحوال المخالفات الجسيمة أو عندما يتكرر الإهمال الفاحش من جانب الملتزم أو يعجز عن تسيير المرفق العام، أو أداء الخدمات المطلوبة" وتؤكد الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في فتاها ذات المعنى (٣٧٥).

(٣٧٤) انظر أ. د. - عمر حلمي آثار العقود الإدارية مرجع سابق ص ١٣٣.

(٣٧٥) (العميد الطماوى في العقود الإدارية ص ٤٩٥ هذا وقد تضمن قانون المناقصات وامزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ في المواد أرقام ٢١، ٤٠، ٢٧، وفي لائحته التنفيذية في المواد ٧٥، ٧٧، ٨٤، ٩٤ نصوحاً بتحدد الحالات التي فيها للإدارة حق فسخ العقد بقرار منها دون حكم قضائي - وهذه الحالات على سبيل المثال وليس الحصر فمن المسلم به وفقاً للمبادئ العامة في العقود الإدارية أن للإدارة حق أصيل في فسخ العقد إذا قدرت بأن مخالفات المتعاقد معها بلغت حداً من الجسامة تستوجب انهاء الرابطة العقدية معه.

رابعاً: " الجزاءات الجنائية " : يحكم هذا الموضوع "مبدأ عام"

يقضى بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص ، وبالتالي لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن توقع على المتعاقدين عقوبات جنائية *Des Sanctaone Penales* مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها، ومع التسليم بأن الإدارة تستطيع أن تضمن عقودها شروطاً استثنائية وغير مألوفة، ولكن هذه الشروط لا يمكن أن تصل إلى حد تخويل الإدارة توقيع عقوبات جنائية حتى ولو قبلها المتعاقد لأنها تعتبر باطلة لمخالفتها للنظام العام .

وتستطيع الإدارة- في بعض الحالات الاستثنائية- أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقد المقصر استناداً إلى نصوص القوانين واللوائح التي تملك وحدها إنشاء مثل هذه الجزاءات ، وتمارس الإدارة هذه السلطة بمقتضى نص في القانون لا يصفها طرفاً في العقد وإنما بوصفها سلطة عامة . إذ تستطيع في مصر وفي فرنسا أن تصدر لوائح بوليس، وأن تضمن تلك اللوائح عقوبات جنائية في الحدود المعترف بها ، وإذا خالف المتعاقد أو أي مواطن آخر الالتزامات المقررة بمقتضى تلك اللوائح، فإنه يتعرض للعقاب الجنائي ، وليس للإدارة أن تستعمل هذه السلطة استعمالاً منحرفاً *Detourne* بقصد إجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، فلا تستطيع أن تُضفي صفة لائحة الشرطة على دفتر من دفاتر الشروط ، أو تستهدف من ورائها إجبار المتعاقد على التنفيذ . . . الخ (٣٧٦) . أما إذا استعملت الإدارة سلطة الشرطة استعمالاً سليماً فإن من حقها أن توقع على المتعاقد الجزاءات المقررة سواء استعملت الإدارة سلطات الشرطي العام أو الشرطي الخاص كشرطه السكة الحديد أو المطارات أو الغابات ، أو الآثار . . . الخ (٣٧٧) .

وتنص المادة (٧٩) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأنه " يلتزم المَقاول بِاتِّباع جميع القوانين واللوائح الحكومية والمحلية ذات الصلة

(٣٧٦) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٥ يناير ١٩٢٤ *Ste Indeatrielle Dugar* مجموعة سري ١٩٢٦

القسم الثاني ص ٣٣ وحكمه في ٢ يونيو ١٩٢٦ *Randan et Rine* المجموعة ص ٦٧٧ في ١٩ مارس ١٩٣٠

في قضية *Ste Taulsaine* المجموعة ص ٣٢١ وحكمه في ٦ ديسمبر ١٩٠٧ *Grandes compagnies*

(٣٧٧) حكم المجلس في ٢ يونيو ١٩١٧ في قضية " *cie generale des eaur* " ص ٤٩٢ وفي ٤ فبراير ١٩٣١ في

قضية " *Cie des omniles de hyon* " المجموعة ص ٩٤٣ والنظر العميد الطماوى ص ٥٠٦ .

بتنفيذ موضوع التعاقد كما يكون مسئولاً عن حفظ النظام بموقع العمل وتنفيذ أوامر الجهة الإدارية بإبعاد كل من يهمل أو يرفض تنفيذ التعليمات أو يحاول الغش أو يخالف أحكام هذه الشروط.

ويلتزم المقاول أيضاً باتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات أو حوادث الوفاة للعمال أو أي شخص آخر أو الأضرار بممتلكات الحكومة أو الأفراد وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة دون تدخل للجهة الإدارية، وفي حالة إخلاله بتلك الالتزامات يكون للإدارة الحق في تنفيذها على نفقته.

وقد خول المشرع الفرنسي للإدارة تنظيم مرفق الامتياز و توقيع العقوبات على الملتزم إذا لم يحترم التنظيم المقرر ومن ذلك تأميمها^(٣٧٨) كما تستطيع الإدارة أن تحدد سرعة السيارات التي يستعملها الملتزم وعدد الركاب في كل عربة -أو أن تحرم الوقوف على سلم العربات، أو وقوف السيارات في المواقف غير المحددة لها، إلا أنها لا تستطيع أن تتدخل في التنظيم الداخلي للمرفق إلا بمقتضى نص خاص يخولها هذه السلطة صراحة^(٣٧٩).

وتنص المادة ١١٦ مكرر (ج) من قانون العقوبات المصري على أن: "كل من أخل عمداً بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولية، أو نقل، أو توريد، أو التزام، أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبيّنة في المادة ١١٩^(٣٨٠) - أو مع إحدى شركات المساهمة وترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد يعاقب بالسجن وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب وترتب عليها الأضرار بمركز البلاد الاقتصادي، أو بمصلحة قومية لها".

^(٣٧٨) قانون ١٨٤٢ سنة ١٨٤٥ في فرنسا.

^(٣٧٩) وكل ذلك في مجال إنشاء عقوبات جنائية لا يمس سلطات الإدارة العامة في تنظيم المرفق المدار عن طريق الامتياز.

^(٣٨٠) تنص المادة ١١٩ المشار إليها "بقصد بالاموال العامة في تطبيق أحكام هذا الباب ما يكون كله أو بعضه مملوكاً لإحدى الجهات الآتية أو خاضعاً لاشرائها أو لإدارتها:

أ - الدولة ووحدات الإدارة المحلية. ب - الهيئات أو المؤسسات العامة ووحدات القطاع العام. ج - الاتحاد الاشتراكي والمؤسسات التابعة له والنقابات والاتحادات. د - المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام. هـ - الجمعيات التعاونية. و - الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والنشآت التي تسهم فيها إحدى تلك الجهات وأية جهة أخرى ينص على اعتبار أموالها من الاموال العامة".

وكل من استعمل ، أو ورد بضاعة ، أو مواد مغشوشة ، أو فاسدة تنفيذا لأي عقد من العقود سالفه الذكر ، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تجاوز ألف جنية أو إحدى هاتين العقوبتين وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالفض أو الفساد ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة ويعاقب بالعقوبات سالفه الذكر على حسب الأحوال المتعاقدون من الباطن والوكلاء ، والوسطاء إذا كان الإخلال بتنفيذ الالتزام أو الفش راجعا إلي فعلهم " .

ويتضح من استعراض هذه المادة أنها تكاد تغطي جميع المخالفات الجسيمة التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقود الإدارية بمضامها الفني بل وغيرها من العقود ذات الأهمية الخاصة ولو في مجال القانون الخاص .

وتقضى المادة ٢٤ من القانون الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ يفسخ العقد تلقائيا إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد .

وفي جميع الحالات التي يتعرض فيها للمتعاقد للعقوبات الجنائية تلجأ الإدارة إلي الطريق المقرر لتوقيع تلك العقوبات فلا توقعها بنفسها إلا إذا كان القانون يسمح لها بذلك فالجزاء الجنائي مستقل عن سلطتها في العقد .

هذا وتخضع شركات امتياز الـ B.O.T. وفقا لنص المادة (٢) من العقد لقوانين جمهورية مصر العربية وبالتالي تنطبق الجزاءات الجنائية عليها طبقا للقوانين والمبادئ العامة المبينة في هذا الفرع حيث تعد الشركات للمنشأة بنظام الـ B.O.T. من بين الأشخاص المخاطبين بأحكام القانون ومن ثم تسرى عليهم أحكامه .

الفرع الثالث

" سلطة تعديل عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T "

إن تعديل عقد امتياز المرفق العام بالإرادة المنفردة سلطة استثنائية تستمدها الجهة المانحة من النظام العام مما يخولها حق تعديل العقد بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها دون الحصول على موافقته ، ففي الوقت الذي ترى فيه الإدارة أن بنود العقد كما تم الاتفاق عليها وقت إبرامه أصبحت تعرقل سير مرفق الامتياز ، فعليها أن تتدخل بتعديل تلك البنود لضمان حسن سير العمل به وليس من شأن ذلك إهدار للقوة الملزمة للعقد بل إن من واجبات الإدارة النهوض بمسئولياتها في تحقيق مقتضيات للنفع العام ، وأيضاً بما تفرضه مقومات التطور العلمي والتقدم للتكنولوجي نحو ارتفاع مستوى الأداء ، وصولاً إلى تحقيق خدمة أفضل للمنتفعين بمرفق الامتياز.

وقد اعترف المشرع المصري برأي غالبية الفقهاء بأن لإدارة المتعاقدة سلطة أصيلة في تعديل العقد بإرادتها المنفردة إذ نصت المادة الخامسة من القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق بأنه: " لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت المنفعة العامة ذلك أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام ، أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به مع مراعاة حق الملتمزم في التعويض إن كان له محل " .

وندرس في هذا المطلب سلطة تعديل عقد الامتياز على نحو ما يلي :

أولاً : " حق التعديل أساسه ومداه "

ثانياً : " سلطة التعديل في عقد الامتياز "

ثالثاً : " سلطة التعديل في عقد امتياز الـ B.O.T "

استقرت أحكام مجلس الدولة المصري على تأكيد سلطة الإدارة في التعديل المنفرد لعقد الامتياز دون الاستناد إلى نص قانوني أو عقدي وذلك لارتباط عقد الامتياز بفكرة المرفق العام وضرورة العمل على انتظام سيره ، ومقتضى هذه السلطة أن جهة الإدارة . . . تملك من جانبها وحدها وبتأثيراتها المنفردة ، حق تعديل عقد الامتياز أثناء تنفيذه ، " والإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقاً ، وهي لا تستمد سلطاتها من مضمون العقد بل من النظام العام لمسير المرافق العامة الذي يحكم كفالة سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة ولا يجوز لجهة الإدارة أن تتنازل عن ممارسة هذه السلطة لأنها تتعلق بكيان المرافق العامة" (٣٨١) ..

حدود حق التعديل ومداه : (٣٨٢) المسلم أن سلطة الإدارة في التعديل مناطها احتياجات المرافق العامة فهي ليست مجرد مظهر للسلطة الإدارية ، ولكنها نتيجة ملازمة لفكرة المرفق العام ، وقد أحسن القضاء الإداري المصري في إبراز العلاقة الوثيقة ، والتلازم بين هذه السلطة الخطيرة ، وبين مقتضيات سير المرافق العامة ، وإرجاعها إلى فكرة المرفق العام وما يسمح به هذا المقتضى من تحديد ظروف استعمال تلك السلطة ، وتعيين الشروط الواجب توافرها لشرعية ممارستها ، وعلى ضوء هذا الأساس يمكن تحديد تلك الشروط على النحو التالي :

* أن تستند سلطة التعديل إلى مقتضيات سير المرافق العامة وأهمها الحاجة إلى التغيير والتعديل بقصد أداء الخدمة العامة على أتم وجه ، وبعد أن استجبت ظروف تبرر هذا التعديل *Changement de circonstance* ، وفي هذا المقام لا يمكن إغفال حقيقة هامة أن الملتزم يسعى دائماً إلى الربح ومبتغاه ألا ينال التعديل في جميع الأحوال من المزايا التي عول عليها لدى إبرامه عقد الامتياز وبهذا النظر قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٧ "بأن سلطة التعديل ليست مطلقة من كل قيد وأن جهة الإدارة لا تملك أن تمس بالتعديل المزايا المالية المتفق عليها في العقد والتي يتمتع بها المتعاقد معها".

(٣٨١) الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق . جلسة ١٥/١١/١٩٩٢ .

(٣٨٢) انظر العميد الطماوى في العقود الإدارية مرجع سابق ص ٤٢١ وما بعدها

* أن يتم تعديل شروط عقد الامتياز من السلطة المختصة وفقاً للإجراءات الشكلية بما يتفق وقواعد المشروعية والملتزم أن يتمسك ببطلان كل تعديل يتم على خلاف القواعد المقررة قانوناً.

* أن سلطة التعديل لا تتناول جميع شروط العقد، وإنما تقتصر على تلك المتعلقة بتسيير المرفق العام *clauses qui intressent le fonctionnement de service* ومن ثم لا تملك الإدارة تعديل شروط العقد المنبئة الصلة بالمرفق العام^(٢٨٣).

* أنه في المجال الذي تملك فيه الإدارة تعديل شروط العقد تتقيد سلطاتها في التعديل بالألا تتجاوز حداً معيناً بمعنى ألا تفرض الإدارة على المتعاقد تعديلات تجعله أمام عقد جديد ما كان ليقبله لو عرض عليه عند التعاقد لأول مرة فعلى الإدارة عند إجراء التعديل أن تحرص على عدم قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.^(٢٨٤)

وتحرص محكمة القضاء الإداري على إبراز القيود التي ترد على سلطة الإدارة في التعديل ففي حكمها الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٥٦ تقول: "وأخيراً فإن من هذه القيود ما يتصل بمدار الأعباء الجديدة إلى إرهاق المتعاقد فتجاوز إمكانياته الفنية أو الاقتصادية، وإلا جاز له أن يمتنع عن تنفيذها بل له أن يطلب فسخ العقد وتقدير ذلك كله يدخل في سلطة القاضي ويخضع لرقابة محكمة الموضوع، وأكدت المحكمة هذه المبادئ في حكمها الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٥٧ " كما أيدتها المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١١/٤/١٩٧٠ بالقول " كما أن لها سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي " وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخاً والمطالبة بالتعويضات إن كان لها وجه " .

* التوازن بين سلطة الإدارة في تعديل العقد وحق المتعاقد في الفسخ:

أ- أنه يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويضات الكاملة على ضوء ما تقرره نظرية عمل الأمير باعتبار أن سلطة التعديل هي إحدى تطبيقاتها.

^(٢٨٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٧ أغسطس سنة ١٨٩١ في قضية *morelli* والوز ١٨٩٣ القسم الثالث ص ١٨ وفي مارس ١٩٥١ في قضية *didonna* المجموعة ص ١٤٩ وفي ١١ يوليو ١٩٤١ في قضية *Hospital Hospies chauny* المجموعة ص ١٢٩ .

^(٢٨٤) حكمها الصادر ١١ أبريل ١٩٧٠ . (س ١٥ ص ٢٦٤)

ب- أنه في حالة لجوء الإدارة إلى التعديل بإجراءات غير مشروعة . للمتعاقدين الحق في طلب إلغاء تلك القرارات عن طريق قاضي العقد .

ج- إذا جاوز التعديل حكم المؤلف فإن للمتعاقدين الحق في طلب فسخ العقد^(٣٨٥).

ثانياً : "سلطة التعديل"

من المتفق عليه أن سلطة تعديل العقد الإداري تكمن في مقتضيات سير المرافق العامة، وتتراوح تلك السلطة قوة وضعفاً وفقاً لمدى صله العقد ، وارتباطه بالمرافق العام ، وفي عقد الامتياز يكون الملتزم بمثابة النائب عن الإدارة في تسيير مرفق عام . . . ولا خلاف بين الفقه ، والقضاء على ضرورة إخضاع الملتزم لأكبر قدر ممكن من رقابة الإدارة وهذا ما أبرزه المفوض ليون بلوم في حكم مجلس الدولة الصادر في ١١ مارس ١٩١٠ في قضية *compagnies gener française des tramways*^(٣٨٦) ، وما إزدان به حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧ يناير ١٩٥٧^(٣٨٧) وهو من أحكام المحكمة المطولة في هذا الصدد:

"وظاهر من استعراض هذه النصوص أنها في مجموعها ليست إلا ترديداً للمبادئ العامة للقاتون الإداري في شأن التزامات المرافق العامة، وهي أن الدولة، وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة فإنها إذا عهدت إلى غيرها أمر القيام بها . لم يخرج الملتزم في إدارته أن يكون معاوناً لها ونائباً عنها في أمر هو من أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة لا يعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسئولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله ، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شئون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل فتفرض على الملتزم عبئاً جديداً يزيد على ما نص عليه الاتفاق المبرم بينها وبينه ، أو تعدل من شروط الالتزام وإدارة المرفق ، واستغلاله وهي في ذلك كله لا تستند إلى عقد الالتزام بل إلى سلطتها العامة ، وتحقيقاً لغايات هذه السلطة فهي

^(٣٨٥) انظر العميد الطماوي في العقود الإدارية مرجع سابق ص ٤٢٣ وما بعدها ، حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٨

يوليو ١٩٣٠ ، في قضية *Cie P. L.M. et autres* . مجلة القانون العام ١٣٩١ ص ١٤١ مع تقرير المفوض *Josso*

^(٣٨٦) المجموعة ص ٢١٨ .

^(٣٨٧) وقد نشر ملخصة في مجموعة أحكام المحكمة السنة ١١ ص ١٦٠ .

متمتعة في ذلك بامتياز وسيادة ينتفي معها كل طابع تعاقدى الأمر الذي يترتب عليه استبعاد تطبيق قواعد القانون المتعلقة بالالتزامات".

ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزا للاحيا يتضمن تخويل الملتزم حقوقا مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله ، وهذا المركز اللاحى الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها أما المركز التعاقدى فيعتبر تابعا له وليس من شأنه أن يحول دون صدور نصوص لاحية جديدة تمس الالتزام كما أن من حق السلطة مآحة الالتزام أن تقوم بتعديل هذا المركز اللاحى وأنه ولو أن الشروط تتقرر باتفاق يبرم بين السلطة مآحة الالتزام والملتزم إلا أن هذا الاتفاق ليس عقدا ، ولا يترتب عليه التزامات دائنيه ومديونية بل هو يقرر قاعدة تنشئ مركزا قانونيا أو لاحيا فإن حق الدولة في تعديل هذا المركز بإدارتها المنفردة من الأمور التي تخرج عن نطاق الجدل.

وإذا وقع هذا التعديل فإنه لا يمس حرمة عقد من العقود ، أو يخل بمركز تعاقدى متى كان الأمر هو مركز قانونى أو لاحى فإن إرادة الدولة المنفردة تكفى وحدها لتعديله والواقع أن الدولة إذ تقوم بهذا التعديل إنما تتدخل كما سبق البيان بصفتها ممثلة للسلطة العامة المنوط بها الهيمنة على رعاية الصالح العام ، من واجبها ضمان حسن سير المرافق العامة واستغلالها وإداراتها وكفالة ذلك كله محققه بما لها من حقوق لا تملك السلطة العامة مآحة الالتزام التنزل عنها كما أنها وهى تستعمل هذه الحقوق لا يمكن أن تحتاج بأنها تمس الحق الأعلى أو تخل بشروط عقدية . لأن الإجراءات التي تتخذها في هذا الشأن إنما تتناول نظاماً قانونياً خاصاً بمرفق عام فهي تملك تعديل قوائم الأسعار وأركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله حتى لا يختل توازنه المالى، وخفض أرباح الملتزم الباهظة إلى القدر المعقول متى اقتضت المصلحة العامة ذلك بل إن لها أن تنهى الالتزام نفسه متى اقتضت المصلحة العامة ذلك أيضاً وقد طبق القضاء هذه القواعد باعتبارها مستمدة من مبادئ القانون العام حتى قبل العمل بالقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ .

لذلك يمكن القول بأن هذا القانون لم يأت في واقع الأمر بجديد في هذا الشأن وهذه الحقيقة واضحة فيما قرره ممثل وزارة العدل عند مناقشة مشروع القانون بمجلس الشيوخ حيث قال : الواقع أن العلاقة بين الملتزم ومآح الالتزام ليست في

حاجة عند تكييفها إلى نصوص فقد حكم مجلس الدولة في فرنسا...، بأن لماتح الالتزام أن يستعمل كافة الحقوق المقررة بالمشروع دون حاجة إلى نص ولا يوجد في فرنسا مثل هذا التشريع الآن لأن مجلس الدولة كما قلت أعفاها منه وقد أجمع للفقه الإداري على أن عقد الالتزام ليس إلا إتابة من ماتح الالتزام إلى الملتزم لإدارة المرفق لصالح الجمهور فيجب ألا يخرج النائب عن هذه المصلحة إطلاقاً .

" على أن حقوق السلطة ماتحة الالتزام على الوجه السابق بيته من حيث التدخل في شئون المرافق العامة ، وإن كانت في غير حاجة إلى نصوص تقرها كما سبق للبيان إلا أنه ليس ثمة ما يمنع تضمينها لوائح أو قوانين عامة تسرى على جميع الملتزمين أو قوانين خاصة تتناول طائفة معينة من المرافق العامة ، وفي مثل هذه الصور والحالات لا يسوغ القول أن حقوق السلطة ماتحة الالتزام تصبح لمجرد تقريرها بنصوص تشريعية أقل منها حين يكون أمرها متروكا للمبادئ العامة "

وعلى ذات المسلك يسير للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة وقد أجمعت المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تلك للمبادئ حيث تقول^(٣٨٨): " لماتح الالتزام دائما متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل " كما أن المادة الأولى من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٥٨ تنص على أنه يكون منح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة وكذلك أي تعديل في شروط الامتياز يتعلق بشخص صاحب الامتياز أو مدة الامتياز أو نطاقه أو الإثابة (العائدات) بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الأمة ، ويكون تعديل ماعدا ذلك من الشروط بقرار من الوزير المختص . "

والقاعدة العامة في شأن تعديل شروط عقد الالتزام التي وضعها القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ تسرى على جميع أنواع التزامات المرافق العامة سواء ما صدر منها قبل هذا القانون أو بعده لأن القانون كما أكد الناطق بلسان الحكومة أمام البرلمان لم يستحدث الأحكام الواردة به ، وإنما استهدف تقنينها معلونه من المشرع

^(٣٨٨) مجموعة الأستاذ / سمير أبو شادي الفتوى رقم ٩٢ في ١٩٥٦/٢/٤ ص ٥٤ والفتوى رقم ٤١٤ في ١١/٤ / ١٩٥٤ ص ٥٥ والفتوى رقم ٧٧ في ١٩٥٤/٣/٢ ص ٥٥ .

لمجلس الدولة المصري الناشئ كما اهتم القانون بوجه خاص بكيفية تحديد أرباح الملتزم على النحو الذي أوضحته المادة الثالثة منه - إلا أن الإدارة لا تستطيع أن تتناول بالتعديل جميع شروط العقد إنما ينصب التعديل على الشروط المتصلة بسير المرفق العام - التي يعبر عنها بالشروط اللائحية *Les clauses reglementaires* ولا تستطيع أن تمس المزايا المالية المقررة للملتزم بموجب العقد - غير الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين ^(٣٨٩) لو ضمنت له الإدارة حدا أدنى من الربح أو تعهدت له بسلفه مالية أو بضمانه لدى أحد البنوك... الخ وإذا تعهدت بأن تقصر النشاط على الملتزم فهذا الشرط ملزم ويتعين على الإدارة احترامه. ^(٣٩٠)

وقد أيدت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا القضاء ضمنا في حكمها الصادر في ٨ ديسمبر ١٩٥٧ القضية رقم ١٤٤ لسنة ١١ ق " وكانت مصلحة الأنزل قد اتفقت مع متعهد على إقامة كازينو فاخر في المنطقة المجاورة لتمثال أبي الهول، وتعهدت بأن يشمل هذا النشاط المنطقة كلها بحيث لا يسمح لغيره بمزاولة نشاط مماثل في المنطقة وتنفيذا لهذا الشرط أنهت الإدارة عقود بعض الأفراد في المنطقة فقضت المحكمة بسلامة موقف الإدارة التي لم تستعمل سوى حقها وهي في هذا الإجراء إنما تتوخى مصلحة عامة .. للاعتبارات السوارة بمذكرة وزارة الإرشاد القومي ، وتعتبر مدة الالتزام المحددة في العقد أيضاً من الشروط التي لا تستطيع الإدارة أن تستقل بتعديلها فليس لها أن تسحب المرفق من الملتزم لتمنحه إلى ملتزم جديد قبل نهاية مدته ما دام الملتزم الأصلي يوفي التزامات على أتم وجه ، ولكن شرط المدة لا يمكن أن يحول دون استرداد المرفق قبل نهاية المدة أو تغيير طريقة الإدارة " أما إذا اتصل الشرط بكيفية تسير المرفق العام فإن الإدارة تتمتع بسلطة التعديل - فلو كان الالتزام ينصب على النقل بواسطة الترام أو الأتوبيس فلها أن تتدخل لتجبر الملتزم على مد خطوط جديدة في حالة زيادة العمران ، ولها أن تأمر بزيادة عدد القاطرات أو السيارات أو تعدل أوقات سيرها أو تحسّن نوعها .. الخ

^(٣٨٩) حكم المجلس الصادر في يناير ١٨٩٥ في قضية *ch. de fer d'Orleans* مجموعة ص ٣١ "المعيار المسلم به في مجال عقود الامتياز أن الشروط اللائحية هي التي تتعلق بكيفية أداء الخدمة للمنتفعين أى تصل بكيفية سير المرفق العام " انظر الدكتور العميد الطماوى المرجع السابق هامش ص ٤٣١ .

^(٣٩٠) حكم المجلس الصادر في ٢٦ ديسمبر ١٨٩١ في قضية *ville de saint Etienne* مجموعة ص ١٠١ القسم الثالث سنة ١٨٩٤ ص ١ مع تعليق هورير .

وللإدارة أيضاً بمقتضى المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ أن تعدل قوائم الأسعار بالزيادة أو بالنقص .

وقد سلمت محكمة القضاء الإداري بشرعية الأمر الصادر إلي ملتزمي النقل بالأتوبيس بزيادة عدد السيارات في حدود نسبة معينة بقولها : (٣٩١)

" أن الإدارة في طلب الزيادة إنما استعملت حقا مستمدا من طبيعة المرفق العام وأضافت بأن حق الملتزم مكفول بالتعويض عن الأضرار التي تلحق بمركزه التعاقدية على أساس إعادة التوازن المالي للعقد".

وفي مجال عقود الامتياز كما هو الشأن بالنسبة إلى سائر العقود الإدارية يجب أن تقف سلطة الإدارة في التعديل عند الحدود المعقولة ، والتي تدخل في نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع فالإدارة لا تستطيع أن تستهدف بالتعديلات إلا صالح المرفق الذي يدار عن طريق الامتياز أما إذا استهدفت مضايقة الملتزم حتى يتنازل عن الالتزام لكي تتولى السلطة العامة إدارته بنفسها أو لتحل محل الملتزم الأول ملتزما جديدا بشروط أكثر نفعا للإدارة فإن تصرفها يعد مشويا بالانحراف (٣٩٢).

ولقد أثير أمام مجلس الدولة الفرنسي البحث عن مدى حق الإدارة في فوض التحسينات الجديدة على الملتزم بإجباره على مواكبه التقدم والتطور العملي في كيفية أداء الخدمة *le modernisation du service* وكان ذلك على وجه الخصوص في مجال إحلال الإضاءة بالكهرباء محل الإضاءة بالغاز ، أو الاستعاضة بالأتوبيس عن الترام ذلك أنه وفقا للقواعد العامة في التعديل لا يمكن إجبار ملتزم الإضاءة بالغاز على استعمال الكهرباء كما أنه لا يمكن من ناحية أخرى تعطيل الصالح العام وعرقلة الانتفاع بالخدمة الحديثة احتراما لقواعد العقد ، واستطاع المجلس أن يخرج من هذا المأزق عن طريق حل وسط بمقتضاه لا تستطيع الإدارة أن تفرض بإرادتها المنفردة على شركات الغاز استعمال الكهرباء في الإضاءة ، ولكنه حرر الإدارة من الالتزام الواقع على علقها بمقتضى العقد ، والذي يقضى بأن تضمن الإدارة لشركات الإضاءة عدم المنافسة بمعنى أن تراول الشركات القديمة نشاطها وللإدارة بعد إنذار الشركات

(٣٩١) بحكمها الصادر في ٢٤ مارس ١٩٥٧ القضية رقم ٣٥٧ لسنة ١١ م

(٣٩٢) راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨ يولية ١٩٣٠ في قضية *cie p.h.m et autres* مجلة القانون العام ١٩٣١ ص ١٤١ مع تقرير الفرض *josso* .

القديمة التعاقد مع ملتزمين جدد يكون في وسعهم مواكبة التقدم العلمي الجديد في أداء الخدمات للمنتفعين (٣٩٣)

ونشير إلى حقوق الإدارة في رقابة الملتزم إذا ما أخل بالشروط المعدلة فحينئذ يكون لها وللمنتفعين الحق في المطالبة باحترام شروط العقد .. وإليه عن طريق دعوى الإلغاء للأفراد الحصول على حكم بإلغاء امتناع الإدارة عن التدخل (٣٩٤) ولهم أيضاً الحصول على حكم بالتعويض إذا ما ترتب على امتناع الإدارة ضرر للأفراد (٣٩٥) . وحتى يعمل القضاء رقابته يجب أن يثبت للمجلس أن عدم التدخل مرجعه الإهمال أو التخاؤل .. أما إذا كانت الإدارة تتدخل في حدود الصالح العام فبأنه لا ضير عليها في هذه الحالة (٣٩٦) .

وإن سلطة التعديل الانفرادي ليس معناه التسليم للإدارة بهذا الحق بل يتعين أن يقترن التعديل بتحقيق مصلحة عامة. فإذا حدثت ظروف لم تكن في حساب المتعاقدين وقت إبرام العقد وكان من شأنها أن تقف حائلاً دون تحقيق المصلحة العامة عندئذ يمكن للإدارة أن تعدل شروط عقد الامتياز لتتفق مع الظروف المستجدة.

ويري العميد الطماوى أنه: إذا أخطأت الإدارة في تقدير مقتضيات المصلحة العامة فلم تقدرها التقدير السليم في العقد فإنها تملك تغيير العقد بما يتفق مع الحاجات الحقيقية للمرفق العام. حيث أننا لسنا بصدد عقاب الإدارة عن خطئها، ويرى أ. د. ثروت بدوي أنه: إذا لم تقدر الإدارة مصالح الجماعة تقديراً سليماً فإنها لا تستطيع أن تستند على خطئها، وتفرض على متعاقديها تعديل العقد في سبيل الإستجابة الأفضل لحاجات الجماعة، بل عليها أن تقدر حاجاتها جيداً قبل التعاقد حتى لا يصير التعديل حجة سهلة.

(٣٩٣) بدأ المجلس هذا القضاء بأول حكم له في ١٠ يناير ١٩٠٢ في قضية *Déville - Les Rouen* مجموعة سري ١٩٠٢ القسم الثالث ص ١٠٧ .

(٣٩٤) منشور في مجموعة سري سنة ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٣ مع تقرير المفوض روميو وتعليق هوريو .

(٣٩٥) حكم المجلس في ٢ يونيو ١٩٢٣ في قضية *protectorat de l'Annam* دالوز ١٩٣٤ القسم الثالث ص ٦٩ مع تعليق أبلتون وحكمة في ٥ نوفمبر ١٩٢٧ في قضية *caire* المجموعة ص ٨٩٩ .

(٣٩٦) حكم المجلس في ٣ فبراير ١٩٠٥ في قضية *storch* مجلة القانون العام ١٩٠٥ ص ٣٤٦ ويعلق جيز بطاوى الإدارة عن استعمال الشركة لوسيلة معينة غير تلك المنصوص عليها في العقد بقصد إتمام بعض الأشغال العامة .

فالمشروع في كل من فرنسا ومصر أعطي مزيداً من الاهتمام لمسألة تحديد الحاجات التي يجب التعاقد عليها بما مفاده أن المشروع قد وضع اهتماماً بالتوقع على عاتق الإدارة ومن ثم استبعاد التعديل الانفرادي إذا كان راجعاً إلى عوامل وجدت عند إبرام العقد ويصير مقبولاً إذا كان مرده عوامل أو ظروف طارئة شريطة ألا يكون من شأن التعديل قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وفي جميع الأحوال فإذا ما ترتب على التعديل الانفرادي ضررٌ للملتزم فذلك يستدعي تعويضه نتيجة تنامي أعبائه^(٣٩٧).

وفي مصر تنص المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات على أن: " يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل أو الإنتاج، وعلى أسس دراسات واقعية وموضوعية تعدها الإدارة المختصة... " وتقتضي المادة الثالثة من اللائحة على أن: " يكون الطرح على أساس مواصفات فنية دقيقة ومفصلة، وعلى أساس التقنيات النموذجية والرسومات الفنية اللازمة.

وخلاصة القول أن حق التعديل المعترف به للإدارة مرهون بظروف وشروط ولأهداف محددة . فهو وسيلة تتمكن بها الإدارة من التكيف مع الظروف المتغيرة و تطوير المرفق العام لمواكبتها ، وفي غير الحالات و بالشروط و الأهداف المشروعة لممارسة حق التعديل يتم توقيع جزاءات على الإدارة إذا خرقت أو خالفت العقد وتتعدد بذلك مسؤولية الإدارة التعاقدية^(٣٩٨).

(٣٩٧)

Badaoui S. ((Le fait de prince dans les contrats administratif)) 1955 These Paris P98.

يراجع مؤلف أ.د./سليمان الطماوى "الأسس العامة" المرجع السابق ص ٤٦٥ .

تنص المادة ٧٥ من تقنين الشراء العام الفرنسي على ما يلي:

((Les prestations qui font l'objet des marches doivent repondre et exclusivement a nature et a l'etendue des besoins a satisfaire, le service interesse est tenu de ces prestations avant tout appel a la concurrence ou toute negociation))

انظر رسالة د. مهند نوح ص ١٠٠ وما بعدها ويقول أنه " لا يصفي إلى قول من يسمي ليستفيد من سوء عمله" وما يؤدبه ذلك من مخالفة لقواعد حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية.

^(٣٩٨) انظر الدكتور /سعاد الشرفاوى "العقود الإدارية" الجزء الثاني تنفيذ العقود الإدارية ص ٤٤ وما بعدها وانظر دى

لوبيدير المرجع السابق ص ٧٢٦ وما بعدها .

وإذا كان في وسع الإدارة أن تفرض على الملتزم أعباء جديدة فيجب أن يكون في وسعه تحملها فإذا كان الظاهر يؤكد بوضوح أن الأعباء الجديدة من الضخامة بحيث تعتبر وكأنها التزام جديد فإن الملتزم أن يتحرر منها عن طريق القضاء.

ثالثاً : سلطة التعديل في عقد امتياز الـ B.O.T.

تنطبق المبادئ العامة المقررة في هذا الفرع على عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. من حيث حق التعديل ومداه وسلطة الإدارة في شأن ذلك طليقة من كل قيد طالما أن التعديل يستهدف الصالح العام ولا يمس المزايا المقررة للملتزم وفق الشروط وعلى الوجه المتفق عليه في عقد الالتزام وملحقاته ، وفي جميع الأحوال يكون للملتزم حق الحصول على التعويض عن الأضرار التي لحقت نتيجة إجراء تعديل على خلاف النصوص والضمانات المقررة في العقد ووثائقه.

وقد تضمنت بنود عقد امتياز الـ B.O.T. جواز تعديل العقد ونفاذ الأحكام المعدلة بشرط موافقة الطرفين وصدر قرار من مجلس الوزراء بالتعديل وذلك على الوجه المبين فيما يلي:

بند "تمهيد" : وتأسيساً على كل ما تقدم وبناء عليه فقد تم تحرير هذا العقد بشأن منح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال مطار ----- للطرف الثاني يعتبر التمهيد السابق وإطار الاتفاق الموقع بين المالك وشركة ----- وجميع ملاحقه جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد ، ويتمتع بنفس القوة الإلزامية لطرفيه، ولا يكون أي تعديل لأحكام هذا العقد أو شروطه سارياً ما لم يثبت ذلك كتابة ويوقعه كل من الطرفين ،،، وتم تحرير هذا العقد باللغة العربية ، ويتم تحرير مستندات الدراسات الفنية باللغة الانجليزية.

وتنص المادة (١٤) من العقد:

" يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه -أو تعديلها- قرار من مجلس الوزراء حكومة جمهورية مصر العربية . . . " (٣٩٩)

(٣٩٩) انظر عقد الامتياز المنشور بالوقائع المصرية المرجع السابق ص ١٩٠٧

"التزامات الإدارة في عقد الامتياز وامتيان الـ B.O.T."

يبرم عقد الامتياز بموجب اتفاق يتم بين طرفين غير متكافئين من الناحية القانونية أحدهما سلطة عامة والطرف الآخر شخص - فردا كان أو شركة - ويتولد عن هذا العقد حقوق و التزامات تبادلية يجرى تحديدها بما يتفق و الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كوسيلة غايتها النفع العام إذ أن الالتزامات المترتبة على كل منهما تمثل حقوقا للطرف الآخر فهما بهذه المثابة وجهان متقابلان لعملة واحدة : الوجه الأول: يخص الإدارة وهي الأصل في العقد والوجه الثاني: يخص الملتزم بوصفه معاوناً ونائباً عن هذا الأصل والوجهان في هذا المسار يلتقيان ويقفان معا على قدم المساواة يدا واحدة- تسعى من أجل حسن سير مرفق الامتياز بانتظام واطراد بتقديم خدماته لجمهور المنتفعين به على أكمل وجه .

وبهذه المثابة يكون من حق الملتزم مطالبة الإدارة تنفيذ التزاماتها بما يتفق ومقتضيات الصالح العام وحسن النية في المعاملات ، وحين تهمل الإدارة أو تتقاعس أو لم تقم بالوفاء بالتزاماتها فإنها تتعرض للجزاء بمقتضى حكم يصدر من قاض العقد،،،ونتناول بالدراسة أهم التزامات الإدارة في مجال تنفيذ عقد الامتياز كالتالي :

الفرع الأول

" التزام الإدارة بتنفيذ عقد الامتياز طبقا لما اشتمل عليه وفق مبدأ حسن النية "

الفرع الثاني

" التزام الإدارة باحترام شروط عقد الامتياز الصريحة والضمنية "

الفرع الثالث

" التزام الإدارة بعدم التقاعس والتسويق في تنفيذ عقد الامتياز "

الفرع الرابع

" التزام الإدارة باحترام مدد التنفيذ في عقد الامتياز "

الفرع الأول

" التزام الإدارة بتنفيذ عقد الامتياز طبقا لما اشتمل عليه وفق مبدأ حسن النية "

يعد مبدأ حسن النية من الأصول العامة في القانون وفي مجال الروابط العقدية أيا كان نوعها ومفاده أن يجرى تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه من بنود وشروط ، وبطريقة تتفق مع ما توجيه اعتبارات حسن النية في التعامل ، وقد تضمنت أحكام المادة ٤٨ من القانون المدني هذا المبدأ وأكدت المحكمة الإدارية العليا في أحكامها أنه أصل عام من أصول القانون " يطبق على العقود الإدارية شأنها في ذلك شأن العقود المدنية (٤٠٠) .

وأصدرت الجمعية العمومية بمجلس الدولة فتياها بتاريخ ١٩٩٢/١١/١ فقالت : " ومن المبادئ المسلمة في العقود عامة أنها تخضع لأصل من أصول القانون يُظللها جميعا يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، ولا مندوحة من التقيد به في شأن العقود المدنية ، بل إن التقيد به في العقود الإدارية أولى وأوجب لارتباطها بالمصلحة العامة ولا تنفك عنها ، ومقتضى ذلك ولازمه أن المتعاقدين وإن لم يفصحا عن ميعاد معين لتنفيذه فليس مضى ذلك أن يكون التنفيذ بمنأى من كل قيد زمني ، ويتعين أن يتم في حدود معقولة وفقا للمجرى العادي للأمر وطبيعة التعاقد ذاته والهدف الذي يرنو إليه " (٤٠١) .

وفي ١٩٩٣/١/٢٠ أرست المحكمة الإدارية العليا في حكم لها مضمون هذا المبدأ بقولها : " أنه من المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة في مجال تنفيذ العقود عموما مدنية كانت ، أو إدارية أنه يجب تنفيذ العقد وفقا لما اشتملت عليه شروطه وبما يتفق ومبدأ حسن النية طبقا للأصل العام المقرر في الالتزامات عموما ، ومن مقتضى ذلك أن حقوق المتعاقد والتزاماته مع الإدارة إنما تتحدد طبقا لشروط العقد الذي يربطه بجهة الإدارة ، وبذلك فإن النص الذي يتحدد باتفاق المتعاقدين في العقد الإداري يقيد طرفية كأصل عام ويصبح واجب التنفيذ ويمتنع الخروج عليه ، ومرد

٤٠٠ "حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٢٠ إبريل ١٩٥٧ مجموعة الأحكام من ٢ ص ٩٣ .

٤٠١ "ملف رقم ٣١٥/١/١٥٤ جلسة ١٩٩٢/١١/١ مشار إليه في المرجع السابق ص ١٢ .

ذلك إلى أن ما أتفق عليه طرفا العقد هو شريعته التي تلاقت عندها إرادتهما ورتب كل منهما حقوقه والتزاماته على هذا الأساس " .

وتطبيقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات العقدية . فإن رفض جهة الإدارة تسلم البضاعة التي قام المتعاقد بتوريدها برغم مطابقتها للمواصفات الفنية بحجة وجود شوائب عالقة تؤثر على صلاحيتها للاستعمال يعد تنفيذا للعقد بطريقة تتعارض مع مقتضيات حسن النية في التعامل .^(٤٠٢)

ومن التطبيقات القضائية لمخالفة الإدارة المتعاقدة مبدأ حسن النية في التعامل ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في ٢٨ أبريل ١٩٧٩ أنه : " ومن حيث أن الثابت أن الجهة الإدارية باعت للمدعى فولا سودانياً - وما كان يتأتى أن يتمخض هذا البيع عن فول فاسد تحظر السلطات الصحية المختصة تصريفه للاستهلاك الآدمي ويهبط ثمنه إذا ما بيع لأغراض أخرى .. ولا ريب أن هذه المخالفة العقدية الثابتة في حق الجهة الإدارية ، تملئ تعويض المدعى عما أصابته من الأضرار بسببها دون إخلال بحقه الثابت في استرداد ما قدمه من تأمين نهائي " .^(٤٠٣)

ويضع القضاء الإداري في اعتباره لدى تطبيق مبدأ حسن النية فسي تنفيذ العقد الطبيعية الذاتية للعقود الإدارية ، وما جرى عليه العرف الإداري من التوسع في تفسير معنى حسن النية في ضوء المصالح التي يحميها العقد ، والسلطات المشروعة لجهة الإدارة و فكرة حسن النية ، وهي من الأمور الموضوعية التي تخضع لرقابة القضاء ويقدر القاضي مدى توافرها وفقاً للظروف والملابسات التي تحيط بالعقد أثناء تنفيذه فهناك ظروف قد تحول بين الإدارة وبين الوفاء بالتزاماتها كحالة الحرب مثلاً .^(٤٠٤)

وطبقاً لفتوى الجمعية العمومية الصادرة بجلسة أول مارس ١٩٩٢ فإن مبدأ مراعاة حسن النية في تنفيذ العقود الإدارية يطبق على كافة أنواع العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة بما في ذلك العقود التي تتم بين الجهات الإدارية بعضها البعض ،

^(٤٠٢) انظر أ.د/ عمر حلمي آثار العقود الإدارية ١٩٩٣ ص ١٧٧ .

^(٤٠٣) انظر أ.د / عادل خليل في العقود الإدارية ص ١٣ المرجع السابق

^(٤٠٤) انظر ا. د. محمد سعيد حسين أمين " المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ١٩٩٣ دار الثقافة الجامعية ص ١٩٩ وما بعدها ، دي لوبادير " المرجع السابق الجزء الثاني ص ١٨٧ .

وبالتالي يجب ألا تتصرف أي جهة في المطالبة بالحقوق الناشئة عن العقد وقالت : " أنه متى كانت هيئة كهرباء الریف قد التزمت بتوصیل التيار الكهربائي إلى مبنى كلية التربية بجامعة المنوفية ، وأوفت التزامها طبقاً للأصول الفنية السليمة فلا يعدو ثمة من وجه لتمسك الجامعة بتركيب لوحة التوزيع التي وردت في المقايضة المبدئية التي أعدتها الهيئة كسبيل إلى استظهار تكاليف العملية . ثم عدلت عنها عند التنفيذ بعدما تبين لها عدم توافر هذه اللوحة بمخازنها إذ لم يؤثر ذلك على حسن أداء الهيئة لما التزمت به من توصيل التيار الكهربائي إلى مبنى كلية التربية فلا يبقى للجامعة بعد ذلك - في إطار مبدأ حسن النية الذي يحكم مسار العقود - سوى الحق في استرداد ما أدته زائدا عما تكلفته هذه العملية ويقدر بمبلغ ستة وعشرين ألف ومائة واثنين وستين جنيهاً . (١٠٥) "

ومن أهم الالتزامات المفروضة على جهة الإدارة هو العمل على تنفيذ عقد الامتياز بمجرد إبرامه من السلطة المتعاقدة ولا يحق للإدارة أن تفسخ العقد لمجرد التحلل مما يفرضه عليها من التزامات وإلا تعرضت للمسئولية التعاقدية. وتلتزم جهة الإدارة عند تنفيذ العقد الإداري باحترام كافة الشروط الواردة به ، وفي هذا المعنى قررت المحكمة الإدارية العليا (١٠٦) أنه " طبقاً لما تقضى به المادة ١٤٨ من القانون المدني ينبغي تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه . وهذا مبدأ مسلم به في مجالات روابط القانون العام كما هو الشأن في مجالات روابط القانون الخاص " . ومن أبرز الشروط التي ينبغي على الإدارة احترامها في هذا الصدد: شرط عدم المنافسة في عقود الامتياز (١٠٧) إلا إذا تغيرت الظروف وتطلبت مقتضيات الصالح العام خروج الإدارة على هذا الشرط كما في حالة تغيير الوسيلة الفنية في إشباع الخدمة العامة كاستعمال الكهرباء في الإضاءة بدلاً عن الغاز ، أو الأتوبيس محل الترام (١٠٨) ومن الثابت أن العقد الإداري يعد رابطة قانونية أساسها حسن النية وإعمالاً لهذه الحقيقة تقرر المحكمة الإدارية العليا (١٠٩) أن: " من المبادئ المسلمة أن

(١٠٥) ملف رقم ٣٢ / ٢ / ١٩٠٣ جلسة أول مارس ١٩٩٢

(١٠٦) جلسة ١١ ابريل ١٩٧٠ ، مجموعة أحكام السنة الخامسة عشرة ص ٢٦٥ .

(١٠٧) تراجع حكم محكمة القضاء الإداري لي ١١ مارس ١٩٥٦ ، مجموعة الأحكام السنة العاشرة ، ص ٢٣٩ .

(١٠٨) د. الطماوى - الأسس العامة للعقود الإدارية - المرجع السابق ص ٥١٤ .

(١٠٩) حكمها في ١١ ابريل ١٩٧٠ - الحكم السابق الإشارة اليه ص ٢٦٦ .

العقود تخضع لأصل عام من أصول القانون يقضى بأن يكون تنفيذها بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وهذا الأصل مطبق في العقود الإدارية شأن العقود المدنية ولا يخل بذلك أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة".

"وهذه الفكرة هي التي تحكم الروابط التي تنشأ عن العقد الإداري، وينبني على هذه الفكرة أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام. وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات إن كان لها وجه، كما أن لها سلطة تعديل العقد بحيث لا يصل التعديل إلى الحد الذي يخل بتوازنه المالي وإلا كان للطرف الآخر في هذه الحالة التمسك باعتبار العقد مفسوخا والمطالبة بالتعويضات".

وتعد فكرة حسن النية في المعاملات من الأمور الموضوعية التي تخضع للرقابة وللملازمات التي تصادف تنفيذ العقد حيث يقدر القاضي مدى الجهد المبذول من جانب الإدارة في سبيل الوفاء بالتزاماتها التعاقدية آخذاً في الاعتبار الظروف التي قد تحول وبين هذا الوفاء كحالة الحرب مثلاً.

ويشير الأستاذ "دي لوبانير" في هذا الخصوص إلى تطبيقات من أحكام مجلس الدولة الفرنسي حيث يتلمس القاضي في جانب منها العذر لجهة الإدارة بأنها بذلت أقصى جهد من جانبها في سبيل أداء التزاماتها التعاقدية، وأن الظروف القاهرة هي التي قد حالت بينها وبين هذا التنفيذ، وفي أحكام أخرى يتشدد القاضي في تقدير مسلك الإدارة على ضوء الظروف التي تواجه العقد عند تنفيذه وينعت هذا المسلك بسوء النية المعتاد من جانبها (٤١٠).

هذا ولا يقف التزام الإدارة عند حد احترام شروط العقد ومراعاة حسن النية في تنفيذه، وإنما تلتزم أيضاً بتنفيذ موضوع العقد بأكمله دون أن يمس ذلك حقها في أن تنقص أو تزيد فيه. إعمالاً لسلطانها المنفردة في تعديل التزامات المتعاقد معها وفقاً للحدود والأوضاع المقررة بالقانون.

٢١٠٠ د. محمد سعيد في أحكام الإنقضاء المرجع السابق ص ٢٣٢ وما بعدها.

الفرع الثاني

" التزام الإدارة باحترام شروط العقد الصريحة والضمنية "

على الإدارة احترام ما تتضمنه نصوص العقد من شروط وتعهدات وتأشيرات وموافقات واعتمادات لازمة أثناء مراحل التنفيذ أهمها ما يخص تسليم الموقع وإنهاء إجراءات فحص واختبار المواد والمهمات والأدوات والمعدات والآلات .. الخ. ثم أعمال التركيبات واختبارات بدء التشغيل، وإصدار كافة القرارات الإدارية والفنية والمالية اللازمة لهذا الغرض . ولا يقتصر التزام الإدارة احترام شروط العقد المنصوص عليها صراحة ، بل يشمل كل ما يعد من مستلزماته، وما هو مفترض ضمنا وفقا للقانون والعرف وقواعد المعاملات الجارية ذلك بحسب الطبيعة الذاتية للعقد وطبقا لأحكام المادة ١٤٨ بين القانون المدني .

ومن التطبيقات القضائية في شأن مخالفة الإدارة الالتزام الصادر منها بضمان عدم المنافسة في تنفيذ عقود امتياز المرافق العامة،، منح ترخيص بتسيير أوتوبيسات نهريّة وبرية بالرغم من وجود ترخيص سابق لملتزم آخر بتسيير أوتوبيس نهري لخدمه الركاب بذات الخط ^(١١)،، منح ترخيص استغلال مقصف بالميناء الجوي لخدمة ركاب الترانزيت العابرين على الرغم من وجود مقصف آخر بالميناء الجوي نفسه سبق للإدارة أن منحت ملتزماً آخر الترخيص باستغلاله ^(١٢).

ومن تطبيقات مخالفة الالتزام بضمان عدم المنافسة ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بجلسة ١٣ مارس ١٩٩٠ بأن : " منح الشركة المصرية للتعمير والإنشاءات السياحية امتياز مباشرة الميسر ومختلف أنواع اللعب بالمنزه والمقطم وتعهد الجهة الماتحة بعدم الترخيص - طوال مدة سريان العقد معها - لمنشآت أخرى للعب القمار في المنطقتين أو بالقرب منهما،، ثم قيام الإدارة بالترخيص لفنادق أخرى لممارسة ألعاب القمار بالمخالفة للعقد مع الشركة صاحبة الامتياز إنما يشكل ركن الخطأ في المسؤولية التعاقدية للإدارة " ^(١٣).

^(١١) انظر د / عادل خليل - العقد الإداري - المرجع السابق ص ١٥ .

^(١٢) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١١ مارس ١٩٥٦ بمجموعة الأحكام س ١٠ ص ٢٢٩ .

^(١٣) (طعن رقم ٦٧٥ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٣ مارس ١٩٩٠ مشار اليه بالمرجع السابق .

الفرع الثالث " التزام الإدارة بعدم التقاعس والتسويق في تنفيذ عقد الامتياز "

يجب على الإدارة البدء في تنفيذ التزاماتها العقدية بعد التصديقات اللازمة من السلطات المختصة بوسداد الملتزم مبلغ التأمين النهائي في المواعيد المقررة ، ومن ذلك إصدار الأوامر والقرارات اللازمة للبدء في التنفيذ ، وبالتالي تسليم موقع العمل مع كافة الرسومات والمقاييس الهندسية الخاصة بالأعمال المتفق على تنفيذها ، وبعد تقاعس الإدارة وتسويقها في تنفيذ التزاماتها العقدية خطأ عقدياً .

ومن صور تراخي الإدارة في التنفيذ التأخير في تسليم الموقع للبدء في أعمال الإنشاءات ، وكذلك التراخي في إجراء الاختبارات اللازمة للتربة في موقع العمل والإفادة بالنتيجة ،،،، فقضت المحكمة الإدارية العليا بالفسخ من ذلك حكمها الصادر في ٣ يونيو ١٩٦٧ الذي جاء فيه:

" متى كان من الثابت أنه حيل بين المتعاقد والبدء في تنفيذ العمليات بسبب تعرض رجال الإصلاح له الأمر الذي ترتب عليه وقف تنفيذ هذه العملية لمدة جاوزت السنة بعد صدور أمر التشغيل دون أن تقوم الهيئة المتعاقدة بتنفيذ التزاماتها بتسليم الطاعن مواقع العمل وتمكنه من البدء في التنفيذ، وإذ لوحظ أن المدة التي حددت لتنفيذ العملية هي شهران فقط فإن عدم قيام الهيئة المذكورة بتسليم موقع العمل إلى الطاعن طيلة عام بأكمله مما يحق معه القول بأنها قد أخلت إخلالاً جسيماً بواجبها نحو الطاعن بعدم تمكينه من العمل ، وأنها تأخرت عن تنفيذ التزامها هذا مدة كبيرة جاوزت القدر المعقول مما يقوم سبباً لفسخ العقد المبرم بينهما وتعويض الطاعن عما أصابه من أضرار بسبب ذلك (١١٤)

(١١٤) المحكمة الإدارية العليا ٨٦٢ - ٩ نتائج ٣ يونيو ١٩٦٧ - ١١٢٣/١٢/١٢ .

" التزام الإدارة باحترام مدد التنفيذ في عقد الامتياز "

يتضمن العقد الإداري بصفة عامة على أنواع مختلفة لمدد التنفيذ فهناك المدة الإجمالية لتنفيذ العقد ، وهناك المدد المحددة لتنفيذ الالتزامات الجزئية الواردة فيه - كما يتضمن العقد تحديد المواعيد ومدد التزام الإدارة بتسليم مواقع العمل إلى ملتزم الأشغال العامة ، أو ملتزم امتياز المرافق العامة وبسداد المقابل النقدي بالنسبة لما ينفذ من الأعمال ، أو ما يتم توريده من البضائع والمهمات وغيرها .

وفي عقد امتياز المرفق العام يقصد بمدة الامتياز المدة التي يلتزم خلالها المتعاقد بإقامة المنشآت والأجهزة اللازمة لعملية استغلال المرفق كأجهزة الحفر في عقود الامتياز البترولي ، والمحطات والمعدات في عقود امتياز الإنارة ، كما تلتزم الإدارة بتسليم مواقع العمل في المواعيد المحددة ، لئتمنى للملتزم القيام بتنفيذ الأعمال في المدد المقررة .^(١٠)

وفي بعض الحالات يتناول العقد شرط المدة بعبارات عامة بغير تحديد واضح لمدد التنفيذ ، وقد استقر مجلس الدولة في مصر وفرنسا على وجوب تنفيذ الالتزام في المدة المعقولة^(١١) و لا تستطيع الإدارة أن تتأخر في التنفيذ لمدة تزيد عن الحد المعقول ، حيث نصت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٣ يونيو ١٩٦٧ " ويترتب على مخالفة الإدارة أي من التزاماتها العقدية نشوء حق للمتعاقدين معها في الحصول على التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت به ومسئولية جهة الإدارة في دفع التعويض في هذه الحالة يقوم على أساس وقوع خطأ أو تقصير من جانبها في تنفيذ العقد ترتب عليه إلحاق ضرر بالمتعاقدين معها .

وتنقضي المادة ٢٣ من قانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ - وهو الشريعة العامة في هذا المقام - على حق المتعاقد مع الإدارة في اللجوء للقضاء للمطالبة بالتعويض ، عما يكون قد لحقه من ضرر نتيجة إخلال الجهة

^(١٠) انظر أ.د. - محمد سعيد حسين أمين - أحكام الانقضاء - المرجع السابق ص ٢٧

^(١١) حكم الإدارية العليا في ١ نوفمبر ١٩٩٢ طعن رقم ٩٣٣ لسنة ٣٣ ق مشار اليه بمؤلف الدكتور / عادل خليل في العقود الإدارية المرجع السابق ص ١٢ .

الإدارية بالتزاماتها الواردة بالعقد بخطأ منها ، والمطالبة بفسخ العقد في حالة وقوع خطأ جسيم في الأحوال الآتية :

١- عدول الإدارة عن المشروع موضوع التعاقد بدون سبب معقول .

٢- تأخر الإدارة في البدء في تنفيذ العقد لمدة تجاوز القدر المعقول .

٣- وقف الإدارة للأعمال مددا طويلة دون مبرر معقول . (١١٧)

ولا يستطيع المتعاقد في هذه الحالات أن يوقع جزاء الفسخ بنفسه ويتوقف عن تنفيذ العقد بل يجب عليه الانتجاع للقضاء ، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك في حكمها الصادر في ٢٨ / يناير ١٩٧٨ حيث قالت :

" لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجد مبررات الفسخ بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك وأساس ذلك أن فسخ العقد كأصل عام أمر تتركض فيه الإدارة ضمانات لحسن سير المرفق العام وليس للمتعاقد معها إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتض ومن المستقر عليه في قضاء مجلس الدولة المصري والفرنسي أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع أن يدفع في مواجهتها بعدم التنفيذ بحجة أنها قصرت في الوفاء بالتزاماتها نحوه بل يتعين عليه الاستمرار في التنفيذ ثم المطالبة بالتعويض إذا كان له مقتض ويجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها خلافا للأصل العام إذا ما تم الاتفاق على جواز التمسك به وتحديد حالاته بنصوص صريحة لا لبس فيها ولا غموض."

وقضت في حكمها الصادر في ١٨ ديسمبر ١٩٧١ : " الأصل أن الدفع بعدم التنفيذ لا يجوز أن يتمسك به المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية ، وذلك ضمانا لحسن سير المرافق العامة بانتظام وإضطراب إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجوا على هذا الأصل ، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزامها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها " . (١١٨)

(١١٧) إراجع أ.د. / محمد سعيد "المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية" ١٩٩٣ ص ٢٠٦ دار الثقافة الجامعية.

(١١٨) أنظر أ.د. / عادل خليل في العقود الإدارية المرجع السابق ص ١٧ وما بعدها .

هذا وقضت محكمة القضاء الإداري في حكم حديث لها عام ٢٠٠١ بأن المدعية لها الحق في المطالبة بتعويض تكميلي بخلاف نسبة الفوائد إذا ثبت أن الضرر وقع بسوء نية،،، وحاصل الوقائع أن الهيئة العامة للطيران المدني كانت قد أسندت إلى الشركة المدعية عملية إنشاء صالة جاهزة للركاب بالمطار وتم إيقاف العمل فيها لمدة ثمانية أسابيع بسبب زيارات رسمية للمسؤولين في أسوان ورغم ذلك قامت الشركة بتنفيذ جميع أعمال الأساسات، والإنشاءات المدنية في مواعيدها المحددة.

وإنه نظرا لتأخر وصول المبنى سابق التجهيز بعض الوقت وذلك لظروف الشحن من الخارج وإجراءات التخليص الجمركي قد أدى إلى إتمام تنفيذ العملية بعد المواعيد المحددة بالعقد.

وقد كان لامتناع الهيئة عن صرف مستحقات الشركة أثر مباشر ألحق بها أضراراً مادية ومعنوية أهمها إشهار إفلاسها والإساءة إلى سمعتها لذلك قضت المحكمة بإلزام الهيئة بدفع مبلغ ٨٥ ألف جنيه للشركة وذلك قيمة المتبقي من مستحقاتها، وخطاب الضمان والتعويض عما أصابها من أضرار تسببت الهيئة فيها بقصد حرمانها من مستحقاتها.

المبحث الثالث " التوازن المالي لعقد الامتياز "

تمهيد وتقسيم : (١١٩)

يتعرض عقد امتياز المرفق العام للتدخل من جانب الإدارة ، بما تملكه من سلطة زيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها ، وطالما أن التزامات المتعاقد على هذا النحو من المرونة . فالأمر يقتضي إضفاء ذات الصفة على حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة لأن تعديل أركان العقد قد يرتب زيادة في الأعباء المالية بنحو يقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، و بالتالي ينبغي على الإدارة تغطية تلك الأعباء الجديدة على الوجه الذي يعيد للعقد توازنه المالي والاقتصادي.

ولقد ظهرت فكرة التوازن المالي بمناسبة تدخل الإدارة في عقد امتياز شوكة الترام الفرنسية . حيث تولى المفوض ليون بلوم صياغة الفكرة بتقريره في حكم مجلس الدولة بتاريخ ١١ مارس سنة ١٩١٠ ، والفقه الإداري ما يزال يردد العبارات الواردة به نذكر منها: (١٢٠)

« Il est l'essence de même tout contrat de concession de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible une égalité entre les avantages QI sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des prévisions dans tout contrat de concession est implique comme un calcul l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé du lui c'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale le quation financière du contrat de concession »

ومن ناحية أخرى تبرز أهمية التوازن المالي لأن الملتزم قد وضع في الحسبان توظيف أمواله في مرفق الامتياز ، بغرض تحقيق ربح معقول طوال مدة سريان العقد المنصوص عليها فيه مما يفرض على الإدارة احترام تلك المدة لأن الملتزم رتب عملياته المالية معتمدا على استرداد نفقات المشروع والحصول على الربح المعقول حال استمرار العقد نافذا طوال المدة المقررة بوثيقته فإذا ما أنقضت بفعل الإدارة

(١١٩) أنظر أستاذنا الدكتور محمد سعيد في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٤٠٩ وما بعدها ورسالة الدكتوراه المرجع

السابق ص ٥٧٨ وما بعدها و المراجع المشار إليها في هامش الصفحات

(١٢٠) أنظر أستاذنا العميد الدكتور الطماوي في العقود المرجع السابق ص ٥٥٤ وما بعدها.

اختل الأساس الذي بنى الملتمزم عليه هذا التقدير وحرّم من حقه المشروع في الحصول على ربح معقول.

وترتيباً على ما تقدّم يحق للملتمزم المطالبة بإعادة التوازن المالي لعقده وبالتعويض جبراً لما أصابه من ضرر حسب الشروط والأوضاع المقررة قانوناً في هذا الشأن ، هذا وبالمقابل في حالة إخلال الملتمزم بالتوازن المالي لعقده . فإن السلطة العامة فإن تطلبه بإعادة التوازن المالي إلى نصابه فضلاً عن التعويض وإنزال الجزاءات المخولة لها في هذا المجال عند الاقتضاء .

وقد استقر قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر على الأخذ بفكرة التوازن المالي للعقد أساساً وسنداً في حيثيات أحكامه ، وتستهدف الفكرة تحقيق التساند والتعاون في تنفيذ الالتزامات المتقابلة بين طرفي الرابطة العقدية - استناداً لقواعد العدالة بما ترتبه من عد جواز إثراء أحد طرفي العقد على حساب الآخر والفكرة بهذا النحو ليست غريبة في عالم القانون ، ذلك أن القانون المدني قد حرص على توفير القدر العادل لتحقيق المساواة بين طرفي العقد من خلال تطبيق الحدود والأوضاع المقررة قانوناً وفق نظريتي الغبن والاستغلال في العقود المدنية.

بيد أن فكرة التوازن المالي قد اتخذت سنداً جديداً يكمن في الخصائص الذاتية لعقود الامتياز بوجه خاص والعقود الإدارية بوجه عام - فتحقيق النفع العام كغاية تسعى إليها الجهات الإدارية ، من شأنه تحميل الإدارة التزاماً بتقديم يد العون للملتمزم من أجل إعادة التوازن المالي إلى سيرته الأولى لدى حدوث اختلال في عقدة لضمان السير المنتظم بالمرفق العام في أداء خدماته للمنتفعين به على الدوام.

ولا جدال في أن زيادة التزامات وأعباء الملتمزم بفعل الإدارة على نحو غير متوقع لحظة إبرام عقدة ثم تقاعسها أو رفضها مساندته للتغلب على تلك الأعباء الجديدة لهو أمر جد خطير إذ يؤدي بالضرورة إلى نتيجة مزدوجة - فخدمات المرفق العام تكون مهددة بالتوقف لعجز الملتمزم عن الوفاء بتنفيذ التزاماته ولا سبيل أمام الإدارة سوى مد يد العون للملتمزم لإعادة التوازن المالي والاقتصادي لعقدة.

هذا وقد أصبحت فكرة التوازن المالي في العقد الإداري مسلماً بها في الفقه والقضاء - غير أن الصعوبة في تحديد مدلول الفكرة وشروط تطبيقها ظلت قائمة لأن

مجلس الدولة الفرنسي بما عرف عنه من روح واقعية عملية - لا يبدى اهتماما بالجانب النظري فلم يكلف نفسه عناء تحديد مدلول الفكرة وشروط استخدامها.

وتعني فكرة التوازن المالي في العقد الإداري الإبقاء على طبيعته كما روعيت عند التعاقد والاستمرار في التعامل معه كظاهرة طبيعية. فالنبات أو الحيوان كلاهما كائن حي يزيد وينقص ، غير أنه يحتفظ في الوقت نفسه بخواصة الأصلية وكيانه الطبيعي ما بقي حيا ، ومثل ذلك العقد الإداري . فقد تُرِيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه أو تنقص منها ويجب عليها أن تحتفظ بتوازنه الاقتصادي والمالي ، وعلى خواصه الأصلية ما بقي العقد قائما ، ولاشك أن فكرة التوازن تعتبر توجيها عاما يهتدي به القاضي في تقدير التعويض المستحق للملتزم جبرا لما لحقه من خسارة وما أصابه من ضرر ،، ومن هذا المنطلق يمكن رد الأحكام الأساسية لفكرة التوازن المالي إلى قواعد ثلاث : (٤٢١)

القاعدة الأولى : أن التوازن المالي هو التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق :

إن فكرة التوازن المالي في العقد لا تعني التوازن الحسابي كما ذكر فريق من الفقهاء بل هو التوازن العادل ، فمرونة التزامات المتعاقد زيادة أو نقصا أمر يفوض بالضرورة مرونة حقوقه قبل الإدارة ، وذلك لا يعنى وضع نسبة حسابية صارمة بين الالتزامات و الحقوق فيما بينهما ، لذا صور الفقيه بيكينو فكرة التوازن بأنه :

إذا فرضنا أن حقوق المتعاقد التي يستمدّها من العقد عند إبرامه لأول مرة = (أ) وأن التزاماته = (ب) ، فإن نسبة حقوقه الجديدة بعد الزيادة أو النقص إلى التزاماته الجديدة (أ) / (ب) يجب أن تكون ذات النسبة بين حقوقه والتزاماته الأصلية فتصبح المعادلة (أ) / (ب) = (أ) / (ب) .

ولا جدال في الأمر أنه إذا كان الفقيه بيكينو يقصد في مجال تطبيق فكرة التوازن المالي وضع نسبة حسابية صارمة بين الحقوق والالتزامات فالنقد الموجه إليه معادلته يضمن باليقين صوابا... ومن ناحية أخرى طالما كانت المعادلة عبارة عن تحليل اقتصادي رمزي دلالة على حدوث زيادة أو نقص في جانب مما يترتب عليه بالتالي تغيير الجانب الآخر بذات النسبة زيادة أو نقصا ، فهذا

(٤٢١) انظر رسالة الفقيه بيكينو النظرية العامة للعقد الإداري سنة ١٩٤٥ باريس ص ٤٥١ و انظر الدكتور العبد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٥٥٧ وما بعدها.

اجتهاد مقبول يستند إلى المنطق التحليلي المجرد بهدف إثبات فكرة التوازن المالي والاقتصادي وإقرار المبدأ كأساس لتعديل الحقوق والالتزامات المتبادلة بين طرفي الرابطة العقدية بنحو متعادل ومناسب وقد حدث تغيير فيما ويؤيد هذا النظرة أن المعادلة في الفرض المعروض لم تنته إلى حساب أو رقم عددي وإنما انتهت إلى مجرد رمز بالتغيير.

وبهذه المثابة تكون المعادلة مجرد توجيه عام حين يقيم الملتزم دعواه أمام القضاء مطالبا بحقه في تطبيق فكرة التوازن المالي بحيث يتولى أهل الخبرة المحاسبية مهام عملهم تمهيدا للفصل في الدعوى وهو أمر يدخل في صميم اختصاص الخبراء طبقا لما أقره القضاء الإداري في فرنسا وفي مصر من إمكان اللجوء إلى نظام الخبرة في هذا المجال.

القاعدة الثانية: أن فكرة التوازن المالي هي السبب في استحقاق التعويض:

إن توازن المصالح في عقد الامتياز يتحقق من خلال إيجاد علاقة تعاون الإدارة مع الملتزم بغية إنجاز عمل محدد وفكرة التعاون هذه تقود إلى الاعتراف للمتعاقد مع الإدارة بحقه في سلسلة من التعويضات إذا تحمل على عاتقه تكاليف أكثر شدة في سبيل إصلاح مرفق الامتياز من منظور أن المتعاقد لو علم بالتكاليف الزائدة لما أقدم على إبرام العقد وحقيقة الأمر أن هذه الإمكانية في التوازن المالي تشكل إحدى الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني للعقد الإداري. (١٢٢)

ويقرر أستاذنا المرحوم الدكتور الطماوي أن فكرة التوازن المالي للعقد تفسر التعويض الذي يحكم به للمتعاقد إذا كان مرجع الضرر إلى فعل الإدارة على الأقل في نطاق نظرية فعل الأمير أما خارج نطاق هذه النظرية فإن فكرة التوازن المالي وحدها لا تكفي لتبرير التعويض لذا يضاف مبدأ التعويض بلا خطأ إلى جوار فكرة التوازن ليشمل جميع صور التعويض التي يحكم بها للمتعاقد دون خطأ من جانب الإدارة.

ويذكر أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين بأن ثمة تحفظاً جوهرياً ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام يتمثل في صورة التمييز بين سبب التعويض المستحق، ووسيلة أو أساس الحكم به، وأن اختلال التوازن المالي للعقد يكون دائما

(١٢٢) أنظر أ.د. محمد سعيد المرجع السابق ص ٥٧٨ ، ورسالة د. مهند مختار نوح ص ٦٤ ، وفي الفقه الفرنسي :

Benoit P. op. Cit. P592.

Richer L. « Les contrats administratif » 1991 P6.

هو المبرر لتقرير مبدأ التعويض ، وبالنسبة لوسيلة التعويض فالأمر يقتضي التمييز بين حالتين: (٤٢٣)

الأولى: حالة الظروف العادية أو المتوقعة حيث يتوقع عند إبرام العقد أن ثمة ظروفًا معينة قد تصادف تنفيذه ، ويترتب عليها اختلال اقتصادياته فيتنفق الطرفان مقدما بنصوص في العقد ، أو في دفاتر الشروط على مواجهة هذه الظروف لإعادة التوازن (التعويض) وهذا بالفعل هو المحور الحقيقي لما في العقد من شروط أو وسيلة تتصل بمراجعته أسعاره .

والثانية: وهي حالة الظروف الاستثنائية أو غير المتوقعة :حين يصادف الملتزم صعوبات أثناء التنفيذ ولم تكن متوقعة حينئذ لا مفر من تعويض الملتزم لمواجهة هذه الصعوبات لإعادة التوازن المالي لحالته التي كان عليها لحظة إبرام العقد -وفي هذه الحالة فإن "وسيلة" التعويض أو أساس الحكم يختلف باختلاف طبيعة الظروف غير المتوقعة - ومن هنا ابتدع الفقه والقضاء نظريات ثلاث تكون أساسا لتعويض المتعاقد هي: - ١ - نظرية فعل الأمير ٢ - نظرية الظروف الطارئة ٣ - نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة.

وخلاصة القول أن اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز بما يحمله من خصائص ذاتية يمثل في الأساس السبب أو المبرر في تقرير مبدأ التعويض في جميع الأحوال باعتبار أن التوازن المالي - كقاعدة عامة - يستهدف في المقام الأول الإبقاء على كيان عقد الامتياز كما روعي عند التعاقد حتى يسير المرفق العام يؤدي خدماته للمنتفعين به دون انقطاع أما "وسيلة" أو أساس الحكم بالتعويض فتحدد وفق الظروف المتوقعة أو غير المتوقعة التي حدث فيها اختلال في عقد الامتياز .

القاعدة الثالثة : أن فكرة التوازن المالي ترتبط والنية المشتركة لطرفي العقد :

يتفق كثير من الفقهاء مع العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي بأن أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري ترجع إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ويصدق هذا الاستنتاج لدى وجود نص صريح في العقد بضمنان الإدارة لتوازنه المالي وهذا بالفعل هو المضمون الحقيقي للشروط الواردة بعقود امتياز

(٤٢٣) أنظر لمزيد من التفاصيل أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة ص ٣٩٩ وما بعدها .

المرافق العامة والوثائق الملحقة بها في خصوص مراجعة الأسعار للملتزم وحينئذ نكون بصدد تفسير شروط العقد فيما يخص إعادة توازنه المالي.

وفي حالة عدم النص صراحة في عقد الامتياز على هذا الضمان فإن مرجع الأخذ بفكرة التوازن المالي يرتد إلى مفهوم العدالة وصالح مرفق الامتياز ، وما هو مقرر للإدارة من حق إجراء تعديل التزامات المتعاقد معها بالزيادة أو بالنقص بحيث لا يكون هناك ضرر ولا ضرار ، وبالتالي يصبح من العنل تعويض الملتزم عما يناله من ضرر بسبب تدخل الإدارة واستعمالها لسلطة التعديل المخولة لها قانونا.

هذا ومن الأهمية بمكان أن نسجل المبادئ التي أرسيتها محكمة القضاء الإداري في حكم شهير لها أوضحت فيه أن :^(٢٢٤) " نظرية التوازن المالي للعقد وغيرها من النظريات والقواعد تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها على اعتبار أن العقد الإداري يكون في مجموعة كلا من مقتضاه وجوب التلزم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعالل كفة الميزان بينهما وذلك بتعويض المتعاقد في أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة مع اختلاف مقدار التعويض فتارة يكون التعويض كاملا وتارة يكون جزئيا وأيا كانت الأسانيد التي قامت عليها هذه النظريات والقواعد أو اختلاف الرأي في مبرراتها فإنه مما لا شبهة فيه أنها ترتد في الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة وبين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد في شأن من شئون المرافق العامة وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح.

وإن هذه المحكمة لترى من الخير - بمناسبة الدعوى - التنبيه إلى أن القواعد والأصول والنظريات التي وضعها الفقه والقضاء الإداري في هذا الشأن ، إنما كانت وليدة البحث والتقصي وثمره التجارب حقبة طويلة من الزمن لكثير من مختلف أنواع المنازعات التي قامت بين جهات الإدارة والمتعاقدين معها ، وأن الإطار العام الذي دار فيه البحث رسمته ضوابط واعتبارات شتى وحقائق غير مذكورة ، حاصلها أنه

^(٢٢٤) انظر أ. د. محمد أنس قاسم جعفر في العقود المرجع السابق ص ١٧٧ وما بعدها.

يجب أن يكون مفهومها أن حق جهة الإدارة في الحصول على المهمات والأدوات أو أداء الخدمات وإنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار وأقل التكاليف ، يقابله من جانب المتعاقد معها أنه يهدف إلى تحقيق ربح مجز له عن رأس ماله المستغل كله أو بعضه ، أو بما وضعة لنفسه من نظام الاستهلاكات الحسابية ، ولكن هذا الوضع لا يضي أن يقف كل منهما إزاء الآخر موقف التربص والوجس وانتهاز الفرص ، أو موقف الطرف المتخاصم في نزاع إن ظل كامنا فهو خليق بأن يتحول في أية لحظة إلى دعوى تطرح أمام القضاء، بل إن الحق الخالص في شأن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها ، أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعى فيها الكثير من الاعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفرة المالي للدولة وأن الهدف الأساسي هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها فيجب أن تؤدي بأمانة وكفاية.

وهذا وذلك يقتضي من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاقد والتسائد والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات ، وبهذا تطمئن جهة الإدارة إلى حسن التنفيذ وإنجازه في المواعيد المحددة ، ويطمئن المتعاقد معها إلى أنه سينال لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل جزاءه الأوفى وأجرة العادل.^(١٢٥)

ولذلك ينبغي ألا يعتبر المتعاقد صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة لمجرد أنه ينبغي من تعاقدته تحقيق ربح حلال ، إذ أن هذا حقه الذي لا ينازع فيه وهو لا ينقلب إلى صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة إلا منذ اللحظة التي ينحرف فيها عن الجادة ، ويتكبد سبل الأمانة أو يحاول الحصول على ربح حرام غير مشروع - أيا كانت وسائله في ذلك - أو يسرف في طلب الربح ويشتط فيه على حساب الخزانة العامة ، وفي هذه الحالة يكون من حق الإدارة أن تفسد عليه سعيه فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه الربح الحرام ، أو تنزل بأرباحه إلى الحد المعقول. لأن الأرباح الفاحشة إنما تؤخذ من أموال الدولة ومن مجموع الأفراد وعلى حساب المصلحة العامة مع أن الأعمال التي تؤدي تكون لمصلحة المجموع لا لمصلحة من يقيمونها على حساب المجموع ، ويقابل ذلك أن المتعاقد مع الإدارة - مع حسن وزنة

^(١٢٥) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/٦/٣٠.

للأمر وسلامة تقديره واتخاذ الحيلة الواجبة - قد تصادفه عند التنفيذ ظروف استثنائية ، وأمر لم تكن في الحسبان وصعوبات غير منظورة لم يكن يتوقعها ، أو يتعرض لمخاطر إدارية أو اقتصادية وينشأ عن ذلك زيادة أعبائه المالية زيادة يخل معها التوازن المالي للعقد ، ويصاب بخسارة محققة فيكون من حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحدة كل الغرم وأن تسهم معه جهة الإدارة بقدر معين فتعوضه تعويضاً عادلاً عما يصيبه من أضرار ، ولو لم يكن هناك خطأ من جانب الجهة الإدارية التي تعاقدها ، تأسيساً على أنه ليس من العدل والإنصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك مثل هذا المتعاقد فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها ، وبدون أي تعويض استناداً إلى نصوص العقد الحرفية ولمجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي والرغبة الملحة في الحصول على المهمات والأدوات أو إنجاز الأعمال المطلوبة بأرخص الأسعار ، لأن معنى ذلك استباحة نهبه وتدميره وتضحيته وهو أمر إلى جانب مجافاة العدالة فإنه لا يتفق والمصلحة العامة إذ ينتهي الأمر إلى إحدى نتيجتين إما إلى خروج المقاولين أو متعهدي التوريد الأمناء الأكفاء من سوق التعامل مع الدولة ، أو انصرافهم عن الاشتراك في المناقصات مستقبلاً ، فيتلقف الزمام غير الأكفاء وغير الأمناء ، وتقع المنازعات والاشكالات التي تنتهي إلى تعطيل المرافق العامة ، وبخاصة بالنسبة لأعمال الإنتاجية والاقتصادية والعمرانية الضخمة ذات الأهمية الخاصة ، وبما تتطلبه من كمال فني ودراسات وأبحاث وتجارب لا تتوافر إلا في طائفة معينة من الشركات الكبرى بما لها من إمكانيات فنية ومالية وإدارية وما تملكه من آلات وأدوات خاصة ،، وإما أن يعود هؤلاء إلى تأمين أنفسهم بأن يحتسبوا ضمن أسعار التكلفة ، وبالتالي ضمن أسعار عطاءاتهم ، مبلغاً للاحتياط ضد تلك المضار والأخطار المحتملة وتكون النتيجة زيادة عامة في الأسعار التي تتم بطريق المناقصة ، مما يفوت على جهة الإدارة غرضها في الحصول على أصلح الأيدي العاملة بأفضل الأسعار وأسبغها ، وهذه كلها نتائج يجب تفادي الأسباب المؤدية إليها لأنها لا تتفق والمصلحة العامة كما سبق القول . يضاف إلى ما تقدم أن لجهة الإدارة ميزة الخروج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد بثبوت حقها في تعديل العقد من جانبها وحدها وفي الحدود التي تقتضيها المصلحة العامة وهي إذ تمارس سلطة التعديل كحق مشروع مقرر لها يمكن أن تزيد من الأعباء الملقاة على عاتق المتعاقد معها ،

ولذلك فإنه تحقيقاً للعدالة - يكون من حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض تعويضاً عادلاً عن الأضرار التي تلحق بمركزة التعاقدية أو تقلب ظروف العقد المالية على أن ممارسة الإدارة لسلطة التعديل ذلك لأن إثبات ضرورات المرافق العامة على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد مع الإدارة وحدة عبء جميع هذه الأضرار وإنما لضرورة قيام التزام بين مصالح الطرفين المتعاقدين وتعادل كفتي الميزان بينهما وإلا انتهى الأمر إلى النتائج السابقة بياتها وهي لا تتفق مع المصلحة العامة بل هي لا تحققها في قليل أو كثير.

ولما كان اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز قد يحدث في ظل ظروف متوقعة أو غير متوقعة لهذا تنقسم الدراسة إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول

" كيفية إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف المتوقعة أو العادية "

المطلب الثاني

" كيفية إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة أو

الاستثنائية "

المطلب الثالث

" التوازن المالي في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T "

المطلب الأول

" كيفية إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في الظروف المتوقعة أو العادية "

تمهيد (١٢٦):

يحرص المتعاقدان على تضمين بنود عقد الامتياز شروطاً تجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في ضوء التغيير المتوقع في الظروف الاقتصادية التي قد تطرأ خلال تنفيذ عقد الالتزام الذي تطول مدته، وقد ينشأ خلالها اختلال في توازنه المالي، ولهذا تتضمن دفاتر الشروط والوثائق الملحقة بعقد الامتياز الأحكام المنظمة لإعادة النظر في المقابل المالي، والرسوم المستحقة للملتزم في ضوء المتغيرات المتوقعة.

ومن ناحية ثانية قد يتدخل المشرع في مجال إعادة التوازن المالي لعقود الامتياز في الظروف الاقتصادية العادية - حيث يؤكد على تقرير مبدأ إعادة النظر بصفة دورية في المقابل النقدي المستحق للملتزم مع وضع ضوابط لتطبيقه، وفي أحوال أخرى يتدخل المشرع بصورة مباشرة ويضع ضوابط بإعادة النظر في المقابل المالي على نحو يقيد من حرية الطرفين في هذا الصدد، ويتخذ التدخل مظهرين أساسيين نعرض لهما في فرعين:

الفرع الأول

" مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للملتزم في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية "

الفرع الثاني

" القيود التشريعية في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية "

(١٢٦) أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة - المرجع السابق ص ٤٠٧ وما بعدها.

الفرع الأول

مبدأ إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للملتزم في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية

قن المشرع المصري مبدأ إعادة النظر في الرسوم بموجب القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة - حيث نصت المادة الثانية منه على أن: "يكون لماتح الالتزام الحق في إعادة النظر في قوائم الأسعار عقب كل فترة زمنية على الأسس التي تحدد في وثيقة الالتزام"، وجاء بالمذكرة الإيضاحية: "بأنه مع طول المدة التي يستغرقها تنفيذ عقد الامتياز، فإنه يصعب تحديد قوائم الأسعار من بدء الالتزام على وجه ثابت لا يتغير، فمن الجائز بعد مضي وقت معين أن تصبح الأسعار غير ملائمة للظروف الاقتصادية التي أبرم عقد الامتياز في ظلها إما لأنها لا تكون كافية كمقابل نقدي للمتعاقد يوازي التزاماته الناشئة عن عقد الامتياز وإما لأنها تنقلب عبئا ثقيلا يبهظ كاهل المنتفعين بخدمات المرفق العام محل الامتياز . لذلك رأى المشرع المصري النص صراحة على مبدأ إعادة النظر بصفة دورية كقاعدة عامة، مع ترك ضوابط تطبيق المبدأ وفقا للظروف الخاصة على حده بهدف الحفاظ على التوازن المالي لعقد الامتياز في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة .

وقد أشارت مدونة العقود الإدارية الفرنسية بمراجعة الثمن والرسوم في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية" بأنه يدخل في اختصاص شعبة الثمن المنبثقة عن اللجنة المركزية للعقود اقتراح الصيغ النمطية الخاصة بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد على ضوء الشروط الواردة بالعقد في هذا الصدد وانطلاقا من المفهوم التعاقدى تقرر في المادة ٧٨ و ٨٠ من المدونة "ضرورة النص في العقد على شروط مراجعة الثمن" و "في حالة احتواء العقد على نص خاص بمراجعة الثمن المستحق للمتعاقد فإن العقد ينبغي أن يشتمل على الأوضاع المحددة لمراجعة الثمن".

الفرع الثاني

" القيود التشريعية في إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ضوء المتغيرات الاقتصادية العادية "

توجد قيود تشريعية في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل المتغيرات المتوقعة أو العادية ويبدو ذلك جليا في^(٢٧):

* إجراءات وقف ارتفاع الأسعار : قد يصدر المشرع أو السلطة الإدارية المفوضة قرارا بتثبيت أسعار جميع المنتجات والخدمات حتى تاريخ معين في ظل سياسة توجيه الأسعار من أجل حماية جمهور المستهلكين، مثل الذي قرره المشرع الفرنسي في تطوره التشريعي بالقانون الصادر في أكتوبر ١٩٤٠ في شأن تثبيت الأسعار، وقد كان يبدو لأول وهله أن هذه القرارات والإجراءات ليس من شأنها وقف سريان الشروط التعاقدية الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المقرر للمتعاقدين في ضوء المتغيرات الاقتصادية المتوقعة، فترددت جهات الإدارة في تطبيق هذا القرار في المجال التعاقدي .

وقد أفصح مجلس الدولة الفرنسي حسما لذلك بضرورة تطبيق الإجراءات التشريعية الخاصة بوقف ارتفاع الأسعار في مجال الشروط التعاقدية الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقدين، وأن لتلك الإجراءات تأثير من الناحية الواقعية، من شأنها وقف تنفيذ الشروط التعاقدية فمن غير المتصور في ظل سياسة توجيه الأسعار، أن يزيد الثمن أو الرسم عن الحد الأقصى المقرر بموجب الإجراءات التشريعية.

* إحلال الأسلوب الإداري لتغيير المقابل النقدي المستحق بدلا من الأسلوب التعاقدي:^(٢٨) وانطلاقا من سياسة توجيه الأسعار ، قد يري المشرع إحلال الأسلوب الإداري محل الأسلوب التعاقدي ، في خصوص تغيير المقابل النقدي المستحق للمتعاقدين في ضوء التقلبات الاقتصادية المتوقعة، فلا يتغير المقابل النقدي تلقائيا طبقا

(٢٧) المرجع السابق ص ٤١٣ وما بعدها.

(٢٨) "دى لوبادير" مطوله في العقود - المرجع السابق ص ٣١٦ وما بعدها.

للمعدلات الحسابية المنصوص عليها في الشروط التعاقدية، وإنما يتم التغيير وفق
معدلات حسابيه أخرى تستقل جهة الإدارة بتحديددها حيث قرر المشرع الفرنسي
بالمرسوم الصادر في ٣٠ يونيو ١٩٤٥ :

" إحلال الأسلوب الإداري بدلا من الأسلوب التعاقدى بتغيير المقابل النقدي
للمتعاقدين في ضوء التقلبات الاقتصادية - وقد أقر مجلس الدولة مشروعية الإجراءات
التحكيمية، خاصة في مجال عقود امتياز الإدارة حماية للمستهلكين . فتحديد الرسوم
التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين يعد أمرا جوهريا ولصيحا باختصاص الإدارة وهي
الجهة القوامة على تحقيق النفع العام."

هذا ويقول الفقيه "دى لو بادير" أن مرسوم ٣٠ يونيو ١٩٤٥ المشار إليه -
لم يؤثر على فاعلية الشروط العقدية المتصلة بمراجعة المقابل النقدي المستحق
للمتعاقدين ، فهذه الشروط إنما تستهدف تقرير مبدأ إعادة النظر في الثمن أو الرسم ،
ولم يحدد فيها المعدلات الحسابية للتغيير بصورة تلقائية ، وعلى هذا الأساس فإن
التغيير إعمالا لهذا المرسوم يتم إقراره حسب المعدلات الحسابية ، والتي تستقل جهة
الإدارة بتحديددها تطبيقا لأحكامه ."

المطلب الثاني

"كيفية إعادة التوازن المالي لعقد امتياز المرفق العام

في ظل الظروف غير المتوقعة"

تمهيد وتقسيم (٤٢٩):

قد تطرأ أثناء تنفيذ عقد امتياز المرفق العام ظروف غير عادية، تؤثر في اقتصاديات العقد على نحو يخل بتوازنه المالي، وتقتضي اعتبارات العدالة والنفع العام أن تبادر الإدارة المانحة بمساندة الملتزم لمواجهة تلك الظروف. بحيث يعاد للعقد توازنه المالي بالحالة الطبيعية التي كان عليها لحظة إبرامه، من أجل ذلك ابتدع القضاء و الفقه ثلاث نظريات قانونية وهي: (٤٣٠)

١- نظرية فعل الأمير ٢- نظرية الظروف الطارئة.

٣- نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

وإنه إزاء اختلاف الظروف غير المتوقعة التي تؤثر في اقتصاديات عقد الامتياز بات الدور الذي تؤديه كل نظرية في مجال إعادة التوازن المالي لهذا العقد واضحا وجليا. فإذا كان الظرف غير المتوقع ناشئا بفعل الإدارة المانحة حينئذ يحصل الملتزم على تعويض كامل وفقا لنظرية فعل الأمير - وإذا كان الظرف غير المتوقع يتسم بطبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية، ولم يكن للجهة المانحة دور في حدوثه، يقع عليها التزام بنصيب في الخسارة التي لحقت بالملتزم بتعويضه جزئيا استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة، أما إذا كان الظرف غير المتوقع جاء نتيجة صعوبات مادية اعترضت تنفيذ العقد فجعلته مرهقا استحق الملتزم تعويضا كاملا من الجهة المانحة وفقا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونشير في عجالة وبالقدر اللازم لمضمون كل نظرية مع إبراز القواعد والشروط الأساسية المتعلقة بالنظريات الثلاث في مجال إعادة التوازن المالي لعقد امتياز المرفق العام.

(٤٢٩) د. محمد سعيد حسين أمين الأحكام العامة ص ٤١٥ المرجع السابق.

(٤٣٠) من أبرز أحكام محكمة القضاء الإداري في هذا الخصوص حكمها في ٣٠/٦/١٩٥٧ قضيه رقم ٩٨٣ لسنة ٧ قانون

السابق براده- وتراجع المؤلفات الفقهية والأحكام والتعليقات المشار اليه في رسالة أ.د. محمد سعيد هامش ص ٦٠٨

أولا :نظرية فعل الأمير :

يمكن تعريف "فعل الأمير" بأنه تصرف قانوني غير متوقع صدوره من الجهة المانحة دون خطأ منها ، وينجم عنه اختلال في المركز المالي للمتعاقد معها مما يترتب التزاما عليها بتعويضه عن كافة الأضرار التي تصيبه في نحو يعيد لعقد الامتياز توازنه المالي والاقتصادي وفق الحالة الطبيعية التي كان عليها لحظة إبرامه. ويذكر أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر " بأن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري هي الراجحة في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري كأساس لنظرية عمل الأمير فيقول^(٣١) :

" ونحن من جانبنا نؤيد هذه الفكرة لأن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها ، اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين فإذا ترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة في أعبائه المالية، فانه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيسا على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق كما حددت عند إبرام العقد فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه ذلك أن حق الإدارة في التعديل أمر يفترض قيامه في ذهن المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد بحيث يكون للإدارة استعمال هذا الحق من غير أن ينص عليه في العقد ، ومن ثم يقابل هذه السلطة حق آخر للمتعاقد في أنه يقدر من جانبه هو أيضا أن جهة الإدارة ستعوضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل.

ولا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسير المرفق وبغير مقابل، بل الطبيعي أنه قرر طبقا لتقديراته أنه سيظهر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وريح معلوم فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقا للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدرة عند إبرام

^(٣١) انظر مؤلف سيادته في العقود الإدارية - المرجع السابق ص ١٧٩ وما بعدها .

العقد ... ومن الأمور المسلمة أن يحقق المتعاقد مع الإدارة مصلحته الخاصة ، كما أنه من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق الإدارة المصلحة العامة ، فانه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى في حالة التعديل إذا عوضته الإدارة بما يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقد.

وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها، فإذا قامت جهة الإدارة بإجراء تعديل أو تغيير في هذه الالتزامات فإن الفائدة تتغير هي الأخرى وبطريقة آلية تبعا لذلك حتى يظل التوازن المالي للعقد قائما ، إذ أن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري ، ومن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعرض على مقتضاه دون حاجة إلى النص على ذلك في العقد ، ولأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل هذا المتعاقد وحدة عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد كما أن إثارة المرفق العام على المصالح الخاصة للمتعاقد مع الإدارة ليس مغناه التضحية بهذه المصالح بحيث يتحمل المتعاقد وحدة جميع الأضرار الناشئة عن التعديل دون أن تلتزم مقابل ذلك بالتعويض على أساس التوازن المالي للعقد ، لانتهى الأمر من الناحية العملية إلى أن أحدا من الناس لن يقبل المجازفة، فيبرم مع الإدارة عقدا يخضع لمحض تحكم سلطتها العامة، ويتعرض فيه إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها .

وفي مجال تطبيق نظرية فعل الأمير يبلغ تصرف الإدارة حدة الطبيعي في الإجراءات المباشرة التي تتخذها الجهة الماتحة للامتياز بما تملكه من سلطة تعديل شروط عقد الامتياز وفق ضوابط معينه دون الرجوع للملتزم فتعدل في نظام المرفق العام، أو في قائمة الأسعار المحددة بالعقد سلفا، أو تزيد أو تنقص من التزامات المتعاقد معها، إلا أنه حفاظا على مقومات التوازن المالي لعقد الامتياز واعتبارات النفع العام، يتعين على الإدارة أن تبادر بتعويض الملتزم تعويضا كاملا عما تسببه سلطة التعديل من أضرار.

وقد يبلغ التدخل من جانب الإدارة في مجال تنفيذ عقد الامتياز صورة غير مباشرة تتمثل في الإجراءات التي تتخذها سلطة الضبط الإداري لصيانة النظام العام. كإلغاء ترخيص شغل طريق أو منع تشغيل الاجانب . . الخ ويميز القضاء الإداري

بين حالة الإجراء الخاص الذي يؤثر بصورة غير مباشرة على عقد الامتياز - حينئذ تتحمل الجهة الماتحة بتعويض الملتزم تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي أصابته بالتطبيق لنظرية فعل الأمير.

أما في حالة الإجراء العام كصدور تشريع أو لائحة مالية برفع الرسوم الجمركية، فلا يجوز للملتزم - كأصل عام - أن يطالب قانوناً بالتعويض عما أصابه من أضرار استناداً إلى نظرية فعل الأمير لكون الملتزم يتساوى مع غيره في تحمل الأعباء والتكاليف العامة - ومع ذلك يجوز له المطالبة بالتعويض استناداً لهذه النظرية إذا كان من شأن هذا الإجراء التأثير في أمور جوهرية كانت هي الأساس في التعاقد أو أنها قد أثرت على عقد الامتياز ذاته بإلغائه - إذ لا يقر القضاء الفرنسي مبدأ التعويض عن الإجراءات العامة التي تؤثر على ظروف التعاقد إلا إذا نتج عنها ضرر خاص للملتزم.

وفي ضوء ما تقدم يمكن حصر الشروط، والقواعد الأساسية لانطباق نظرية فعل الأمير في مجال إعادة التوازن المالي لعقد امتياز المرفق العام، وفقاً لأحكام القضاء الإداري في البنود التالية: (٣٢)

١- أن نكون بصدد عقد من العقود الإدارية لأن نظرية فعل الأمير ترتد إلى فكرة القانون الإداري الذي لا مقابل له في القانون الخاص.

٢- أن يكون الفعل الضار قد جاء نتيجة تصرف قانوني صادر من الجهة ماتحة الامتياز وليس من جهة إدارية أخرى.

٣- أن ينشأ من تصرف الجهة الماتحة ضرر خاص للملتزم سواء كان جسيماً، أو يسيراً أو مجرد نقص في الربح الذي عول عليه الملتزم عند إبرام عقده.

٤- أنه لا يلزم لتطبيق هذه النظرية وجود خطأ من الإدارة حين يصدر عنها ثمة تصرف يضر بالملتزم - لأنه لا قيد عليها في تصرفاتها كسلطة عامه هدفها النفع العام فإن هي تصرفت وفق سلطتها المشروعة ونشأ عن ذلك ضرر للملتزم فلا تترتب عليها المسؤولية في حدود هذه النظرية، وإن كانت تعد مسؤولية عقدية إلا أنها مسؤولية عقدية بلا خطأ *Responsablité contractuelle sans faute* فإذا انطوى تصرف الإدارة على خطأ فإنها تسأل على أساس هذا الخطأ.

(٣٢) راجع الأحكام والفتاوى الصادرة من مجلس الدولة - موسوعة العقود الإدارية للمستشار حمدي ياسين ص ٢٢٢.

٥- أن يكون الإجراء الصادر من الجهة الماتحة غير متوقع .

وهنا يبرز تساؤل: كيف يتصور توافر هذا الشرط الأخير والملتزم يعترف بسلطة الإدارة في إجراء تعديل التزاماته في أي وقت ودون الرجوع إليه ؟. والرأي الراجح في هذا المقام "أن شرط عدم التوقع لا ينصرف إلى أصل حق الإدارة في التعديل المنفرد - فهذا أمر متوقع والعلم به دائماً يفترض ولكن هذا الشرط ينصرف إلى حدود التعديل ومداه - فإذا كان عقد الامتياز يتضمن نصوصاً عن كيفية إجراء التعديل وحدوده ومداه - فإن نظرية فعل الأمير لا تنطبق (٤٣٣) ، وبالعكس تنطبق للنظرية إذا كان العقد خالياً من النصوص المنظمة لممارسة هذا الحق (٤٣٤) .

٦- ألا تتجاوز الأعباء الناشئة عن فعل الأمير حدوداً معينة بحيث لا يترتب على تلك الأعباء خلق ظروف جديدة تجعل الملتزم وكأنه أمام عقد امتياز جديد، تغير فيه موضوع العقد أو محله أو تتجاوز فيه حدود الإمكانات الفنية أو المالية أو الاقتصادية للملتزم، إذ أن الملتزم حينئذ قد لا يكفيه المطالبة بالتعويض الكامل وبطالب بحقه في فسخ العقد وإنهائه .

ثانياً : نظرية الظروف الطارئة : (٤٣٥)

المسلم أن نظرية الظروف الطارئة في مجال تنفيذ عقد امتياز المرفق العام هي من ابتكار رجال الفقه والقضاء الإداري، ومناطق تطبيقها أن تتحقق الظروف التي تطرأ على عقد امتياز المرفق العام أثناء تنفيذه بسبب أعمال جهات إدارية غير الجهة الماتحة ، أو إنسان آخر، أو نتيجة حوادث طبيعية ، أو تقلبات اقتصادية لم تكن في حساب الملتزم عند التعاقد لا يملك لها دفعا ، وأنزلت به خسائر فادحة اختل معها التوازن الاقتصادي والمالي لعقد الامتياز اختلالاً جسيماً ، فإن ذلك يلزم الجهة الماتحة بأن تشارك الملتزم في تحمل نصيب من الخسارة طوال قيام الظروف الطارئة. (٤٣٦)

(٤٣٣) إذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت النظرية رسالة أ.د. ثروت بنوي ص ١٢٩.

(٤٣٤) حكم الإداري العليا ١٩٦١/٥/٢٠ السنة ٦ ق ص ١٣٣ وحكمها في ١٩٦٨/٥/١١ ص ١٣ ص ٨٧٤ و ١٩٧٢/٦/١٧ ص ١٧ و ٥٧٦ وقد أجلت الأحكام الشروط الستة التي أوردناها.

(٤٣٥) أنظر أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية المرجع السابق ص ١٦٣ و ما بعدها .

(٤٣٦) حكم محكمة القاهرة الابتدائية في ٢١ يونيو ١٩٥٤ مجلة المحاماة السنة ٣٥ العدد الثاني ص ٣٥٩.

ومؤدى تطبيق النظرية بعد توافر شروطها إلزام الجهة المانحة بمشاركة الملزم في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقّت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ، لتنفيذ العقد وانتظام سير المرفق العام في خدمة المنتفعين به، ويقتصر دور القاضي على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له سلطة تعديل الالتزامات التعاقدية.

وتنحصر الشروط اللازمة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في ضوء توافر

أربعة شروط أساسية :

الشرط الأول : يتعلق بطبيعة الظرف الطارئ فقد ذهب الرأي التقليدي إلى أن الظرف الطارئ يجب أن يكون اقتصاديا تميزا له عن النظريتين الأخريين وهما نظرية فعل الأمير التي تحمى الملزم في مواجهته المخاطر الإدارية ، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي يلجأ إليها لمواجهة المخاطر الطبيعية .

وهذا التقسيم الثلاثي يعد صحيحا في خطوطه العامة إلا أنه تقسيم نسبي نظرا لتدخل الدولة في العديد من ميادين النشاط وتداخل الصور الثلاث فيما بينها حيث تطبق نظرية الظروف الطارئة لأسباب اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الإدارة.

ومن أمثلة الأسباب الاقتصادية ارتفاع الأسعار ارتفاعا يجاوز الحدود القصوى المتوقعة وللأسباب الطبيعية - حين يصادف الملزم طبقات مائية ذات أهمية بالغة في أعمال الإنشاءات اللازمة لعقد الامتياز، وبسبب فعل الإدارة لعدم استطاعة الجهة المانحة رفع الرسوم المقررة في عقد الامتياز بسبب التنظيم الجريء للأسعار أو تغيير في التعريف الجمركية أو تعديل الضرائب أو ارتفاع سعر العملة أو ارتفاع ثمن سلعة بسبب الحرب^(٤٣٧).

والحقيقة أن المخاطر التي تلحق بالملزم بالتطبيق للنظريات الثلاث كل على حدة تصيب مرفق الامتياز بأضرار اقتصادية ، وبهذه المثابة يكون السبب الاقتصادي عاملا هاما في النظريات الثلاث ، وليس سببا خاصا بنظرية الظروف الطارئة وحدها

^(٤٣٧) المستشار حمدى ياسين عكاشة - موسوعة العقود المرجع السابق ص ٣٣٢ وراجع: د. عبد المجيد فياض - العقد الإداري في التطبيق العملي ص ٢٩٠ - (حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير بتاريخ ٣٠ مايو ١٩١٦ في قضية عقد امتياز (cie declarage de Bordeaux)، حكم المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ١١٨٦ - ١٠ ق بتاريخ

(١٢١/١٩/١٣/١٩٦٧/١١/٢٥)

وفي تصورنا أن التقسيم الثلاثي التقليدي إنما يرجع إلى ماهية المخاطر من خلال مصدرها، وليس بسبب الآثار الناجمة عنها.

الشرط الثاني: استقلال الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقدين: فلا يستطيع الملتزم المطالبة بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة إذا كان الملتزم هو المتسبب في الحادث الطارئ أو لم يبذل أي جهد لتوقي نتائج الضرر أما إذا كان الحادث الطارئ بفعل الإدارة فإن النظرية تستبعد بحسب الأصل وتطبق نظرية فعل الأمير.

الشرط الثالث: أثر الظروف الطارئة على اقتصاديات العقد: أن يكون من شأن الحادث الطارئ قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فلا يستطيع الملتزم المطالبة بالتعويض لمجرد الانخفاض البسيط في الفائدة المالية التي تعود عليه، وإنما يشترط أن يتجاوز الضرر الموجب للتعويض الحدود المعقولة للمخاطر العادية على نحو يخل معه التوازن المالي للعقد اختلالاً عميقاً - ولا تنطبق النظرية إذا ترتب على الظرف الطارئ قلب اقتصاديات العقد نهائياً فذلك يكون بمثابة القوة القاهرة (٤٣٨).

الشرط الرابع: أن يطرأ الظرف الطارئ خلال سريان مدة العقد حيث يشترط أن يقع الظرف الطارئ خلال مدة تنفيذ عقد الامتياز، أو في فترة تجديده، وليس بعدها طالما أن الإدارة لم توافق على تجديد مدة العقد (٤٣٩).

ثالثاً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (٤٤٠):

تبدو أهمية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أكثر ما تبدو في عقود الأشغال العامة ولكنها ذات نطاق عام تنطبق على كافة العقود الإدارية بما في ذلك عقد الامتياز (٤٤١)، ومفادها أنه عند تنفيذ العقد الإداري قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تكن في حساب وتقدير الطرفين عند التعاقد. فتجعل التنفيذ أشد وطأة

(٤٣٨) دكتور عبد المجيد فياض - العقد الإداري المرجع السابق ص ٢٩٤ وحكم مجلس الدولة الفرنسي في ٨ نوفمبر

١٩٤٤ المجموعة ص ٢٨٣، حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة ١٧/٦/١٩٧٢ ص ١٧ (٥٧٦)

(٤٣٩) المستشار حمدي ياسين عكاشة موسوعة العقود المرجع السابق ص ٣٣٦ - (حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٩ ديسمبر ١٩٣٢ في قضية شركة ترام شربورج المجموعة ص ١٠٥٠).

(٤٤٠) د. محمد سعيد الأحكام العامة ص ٤٢٣. (المحكمة الإدارية العليا - الطعن ٨٤٣، ٢٦/٩/٢٢٢ ق على جلسة

١٩٨٢/١١/٢٠ - (الطعن - جلسة ١٩٦٢/٦/٩ ص ٧ (١٠٢٤)

(٤٤١) يحوى عقد الامتياز أشغالا عامه في غالب الأحوال.

وأكثر كلفة على المتعاقد، وعلى ذلك يجب تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي حاقّت بالمتعاقد على أن تتحقق كافة شروط النظرية الموجبة للتعويض، ويشترط أن تتميز الصعوبات بسمات معينة نوجزها في (٤٤٢) :

١- أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية: وترجع في أغلب الحالات إلى ظواهر طبيعية مثل طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها أعمال الإنشاءات كأن تتكشف الأرض عن طبيعة صخرية ولم تكن محل حساب عند التعاقد - ولذلك لا تعد كل عقبة تصادف المتعاقد صعوبة مادية. (٤٤٣)

٢- أن تكون الصعوبات مستقلة عن إرادة المتعاقدين: يفترض في الصعوبات المادية ألا تكون من عمل الإدارة فإذا كانت الصعوبات ترجع إليها استبعدت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من التطبيق مع احتمال تطبيق قواعد مسئولية الإدارة على أساس الخطأ أو استناداً إلى نظرية فعل الأمير، ويفترض كذلك ألا يكون للمتعاقد دخل في إحداث تلك الصعوبات، أو زيادة أثارها، على أن يثبت أنه لم يكن في وسع المتعاقد توقع آثار تلك الصعوبات بالوسائل المتاحة لديه وأنه لم يخرج عن الشروط في العقد أثناء تنفيذه.

٣- أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد: من الطبيعي أن يبذل المتعاقد الجهد المعقول للإحاطة بكافة الصعوبات المادية المحتمل مصادفتها عند التنفيذ، ويضع قاضي العقد في اعتباره مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص - ذلك أن مبدأ حسن النية في التعاقد يقتضي أن تضع الإدارة ما لديها من معلومات تحت تصرف الطرف الآخر ومعاونته في الوصول إلى تلك الغاية - فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك حكم القاضي بتعويض المتعاقد - أما إذا قصر وكلن في وسعه تبين الصعوبات المادية وقت التعاقد حكم القضاء برفض طلبه التعويض (٤٤٤).

(٤٤٢) انظر استاذنا الدكتور محمد الس قاسم جعفر - نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة طبعة مكتب الشلفان للاستشارات القانونية ١٩٩٥ ص ١٨٦ دكتور عبد العظيم عبد السلام اثر تطور الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري - اللواء للتوزيع والنشر شين الكوم ١٩٩٠ ص ١٠٧.

(٤٤٣) المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم ٦٩٥ ق عليها جلسة ١٩٨٢/١/٢٠.

(٤٤٤) المحكمة الإدارية العليا طعن ٣١١-١١ ق- ١٤/١٠٣/٧٧٨ جلسة ١٩٦٩/٦/١٤ وطعن رقم ٢٤/٦٩٥ جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ بشرط توافر الوضوح والشفافية في مرحلة إبرام عقد الامتياز حسبما توضح في الباب الأول.

٤- أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت :ينبغي أن تكون الصعوبات غير مألوفة ،وتخرج عن المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد عادة وللقاضي تقدير ما يمكن اعتباره من قبيل المخاطر العادية أو الاستثنائية.

٥- أن يحدث إخلال باقتصديات العقد في العقود الجزافية: يضيف مجلس الدولة الفرنسي شرطا خاصا بالنسبة للعقود الجزافية *Les marches a forfait* تلك التي تتضمن تحديدا لكمية الأعمال المطلوبة تحديدا إجماليا لما تلتزم الإدارة بدفعة من ثمن يقابلها - فهذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق النظرية بشرط أن يكون من شأن تلك الصعوبات الإخلال باقتصديات العقد، بالنظر إلى المبالغ الإضافية التي أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية غير المتوقعة منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد.

وبصفة عامة قضى مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه بوجود أن يكون التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة شاملا كاملا لحير الخسارة التي تلحق بالمتعاقد^(١٤٥)

ونظرا لاختلاف الدور الذي تؤديه كل من النظريات الثلاث في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بصفة عامة ،ولعقد الامتياز بصفة خاصة ، وانفراد نظرية الظروف الطارئة بدور مستقل ومتميز عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة نتناول موضوعات هذا المطلب في فرعين :

الفرع الأول :

" مدى مساهمة نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة "

الفرع الثاني :

" مدى مساهمة نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة "

(١٤٥) حكم في ٣٠ يوليو ١٩٤٨ في قضية *Min de la guerre* المجموعة ص ٣٥٩ -وحكم الإداريه العليا رقم ٤٤٠س ١٣ق ١٧ يناير ١٩٧٠ المجموعة ص ١٤٠.

الفرع الأول

" مدى مساهمة نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة "

تقع فكرة الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته - فالظرف الطارئ لا يعفي المتعاقد من التزاماته بل يفرض عليه الاستمرار في التنفيذ رغم وقوع الحادث الطارئ وإن كان مرهقا إلا أنه ممكن - وهذه الفكرة تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي. وفقا للحكم المنشئ لها في قضية غاز يوردو الصادر في ٣٠ مارس ١٩١٦^(٤٤٦) وذلك بتمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة لأن كل إخلال فيها لن يضار من ورائه إلا المنتفعون بخدمات المرفق العام محل عقد الامتياز.^(٤٤٧) وعليه تلتزم الجهة المانحة بالمساهمة بنصيب من الخسارة التي أحاقّت بالملتزم طوال استمرار الظرف الطارئ حفاظا على التوازن المالي للعقد ، وحتى يتمكن الملتزم من الوفاء بالتزاماته رغم الظرف الطارئ ويتجلى ذلك أساسا في التزام جهة الإدارة بتقديم المعاونة المؤقتة للملتزم طوال الظرف الطارئ وفقا لضوابط معينة نبرزها في بندين هما:

أولا

حق الملتزم في المعاونة المؤقتة من الإدارة طوال فترة قيام الظرف الطارئ.

ثانيا

قواعد المطالبة بالتعويض المؤقت استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة.

^(٤٤٦) الحكم والتعليق عليه - مجموعة الأحكام الكبرى للقضاء الإداري طبعة ١٩٨٤ ص ١٢٩ وما بعدها.

^(٤٤٧) أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسين أمين في الأحكام العامة - المرجع السابق ص ٤٢٧ وما بعدها.

أولا : "حق الملتزم في المعاونة المؤقتة من الإدارة طوال قيام الظروف الطارئ" (٤٤٨)

جرى تقنين فكرة الظروف الطارئة في مصر بموجب المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني ، والمادة السادسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة ، و لكن سلطة القاضي لمواجهة الظروف الطارئة ليست واحدة في القانونين ، فالقاضي المدني يستطيع أن يعدل من التزامات المتعاقد طبقا لقواعد العدالة عندما لا يجد نصا في العقد (٤٤٩) في حين أن القاضي الإداري لا يمكنه سوى الحكم بتعويض الملتزم وفق ضوابط معينة ، ونتعرض لدراسة : دور القاضي وسلطاته ، ضوابط تقدير التعويض المستحق ، الطابع المؤقت لتعويض الملتزم .

(١) دور القاضي وسلطاته في مواجهة الظروف الطارئة: طبقا لأحكام المادة ١٤٧/٢ من القانون المدني يملك القاضي لمواجهة الظروف الطارئة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق الموازنة بين مصالح المتعاقدين كما يجوز له أن يحكم بوقف التنفيذ مؤقتا حتى يزول الظرف الطارئ وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل ولكنه لا يستطيع في هذه الحالة أن يحكم بفسخ العقد لأن النص لا يخوله ذلك أما دور القاضي الإداري في عقد الامتياز فانه إعمالا للقاعدة العامة لا يستطيع القاضي أن يأمر الإدارة بعمل معين ، فلو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية لكان ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة وهذا غير جائز ، ولكنه يملك فقط سلطة الحكم بالتعويض ومع ذلك فان مجلس الدولة الفرنسي أحدث تطورا محمودا عن طريق اللجوء إلى حل وسط في محاولة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول عن طريق دعوة كل من الإدارة والملتزم لإجراء اتفاق ودي ولا سبيل أمام القاضي إلا الحكم بالتعويض في حالة عدم التوصل إلى اتفاق بينهما وبهذه المثابة يعد الحكم بالتعويض حلا احتياطيا Subsidaire.

فعقد امتياز المرفق العام يتضمن شروطا معينة والتزامات محددة تستهدف تحقيق مصلحه عامه فإذا ما أتيح للقاضي إجراء تعديل عليها رغما عن الإدارة. فلن

٤٤٨ استاذنا الدكتور /محمد سعيد حسين امين الأحكام العامة المرجع السابق ص ٤٢٩ وما بعدها .

٤٤٩ استاذنا الدكتور /السنهوري في الوسيط المرجع السابق ص ٦٣٠ .

المصلحة العامة سوف تكون معرضه للخطر - ذلك أن اعتبارات النفع العام تستوجب أن تظل شروط عقد الامتياز والتزاماته نافذة حتى تقبل الإدارة تعديلها مختارة بعد تأكدها ملها بأن المصالح العامة لن تضار من جراء هذا التعديل - وهذه الاعتبارات لا محل لها في القانون الخاص إذ يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته.^(٤٠)

وانطلاقاً من هذا المنظور قرر المشرع المصري - في تطوره التشريعي - بموجب المادة السادسة من القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة أنه " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمتاح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقراً وقت منح الالتزام جاز لمتاح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار، وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول " - وبذلك لم يجعل المشرع سلطة التعديل للقاضي كما هو الشأن في المادة ١٤٧ من القانون المدني - إنما حولها لجهة الإدارة بوصفها القوامة على تحقيق النفع العام.

(٢) ضوابط تقدير التعويض المستحق للملتزم : يرتبط التعويض المستحق للمتعاقد وفق أحكام نظرية الظروف الطارئة بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة ولعقد الامتياز بصفة خاصة، فإذا طرأت ظروف غير متوقعة من شأنها إرهاب الملتزم - فينبغي على الإدارة أن تهب لمعاونته للتغلب على تلك الظروف ليتمكن من الوفاء بالتزاماته ، وبالتالي استمرار المرفق في أداء خدماته المعتادة بانتظام ودون توقف وعلى ذلك يرتبط التعويض بمصالح مرفق الامتياز وأيضاً بفكرة العدالة.^(٤١)

وفي تقدير التعويض المستحق للملتزم طبقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة ، يستعين القضاء في تقديره بخبراء متخصصين في مجال نشاط مرفق الامتياز، ومع ذلك فإن ثمة عوامل ثلاثة تؤثر في تقدير التعويض حيث يلجأ القاضي إلى تحديد ما وهي:

^(٤٠) استاذنا الدكتور المرحوم العميد الطماوي - في العقود المرجع السابق ص ٦٣١.

^(٤١) في هذا المعنى أحكام الإدارة العليا بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٧٢ مجموعة المبادئ القانونية في حمة عشر عام ١٩٦٥ -

١٩٨٠ في العقود الإدارية ص ٧٠

(أ) تحديد بداية الظروف الطارئة: من الأمور البالغة الأهمية تحديد تاريخ وقوع الحادث الطارئ حيث يبدأ من هذا التاريخ حساب الخسائر ، وتحديد الوقت الذي جاوز فيه ارتفاع الأسعار الحد الأقصى على نحو لم يكن في الحسابان توقع حدوثه عند إبرام عقد الامتياز، ويعد القضاء الفرنسي في حساب التعويض بتاريخ وقوع الحادث، ولا يأخذ في اعتباره تاريخ المطالبة القضائية كما يعفى الملتزم من ضرورة اعدار جهة الإدارة كشرط من شروط التعويض.

(ب). تحديد الخسارة التي لحقت بالملتزم من الظروف الطارئة: لا يتناول التعويض ما فات الملتزم من كسب ولا يشمل كامل الخسارة التي لحقت من جراء الظروف الطارئ ، بل يقع جزء منها على الملتزم، وتحمل الإدارة النصيب الأكبر من الخسارة، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة حيث يحكم للملتزم وفق أحكامهما بتعويض كامل عن جميع خسائره دون أن يتحمل شيئاً منها.

وفيما يتعلق بتحديد الخسائر الناجمة عن الظروف الطارئ فانه يتم عن طريق إجراء موازنة بين أرباح الملتزم وخسائره طوال فترة قيام الظروف الطارئ وقد استقرت أحكام المجلس الفرنسي على تقدير الخسائر وفقاً للاعتبارات الآتية: (٤٠٢)
* يعتد في حساب الأرباح والخسائر بالنتائج الفعلية لاستغلال المشروع محل التعاقد، فلا يجوز أن يدخل في حساب أرباح الملتزم وخسائره ما كان يمكن أن يعود عليه إذا قام بعمل معين .

* لا يدخل في حساب الخسائر الأرباح التي حققها الملتزم قبل حلول الظروف الطارئة، كما أنه عند حساب الخسائر يجب أن يستبعد من التقدير الأرباح المحتملة في المستقبل التي قد يجنيها الملتزم عقب زوال الظروف الطارئ وإذا طالت فترة الظروف الطارئة إلى بضع سنوات ، حقق الملتزم خلال سنة أو سنوات منها أرباحاً معينة فإن تلك الأرباح لا تستنزل من الخسائر النهائية للفترة كلها .

* ما يتحمله الملتزم من خسائر قبل بداية الظروف الطارئ لا يجوز المطالبة بالتعويض عنها بل يتحملها كنوع من المخاطر العادية حيث تستنزل من الخسائر

(٤٠٢) انظر استاذنا الدكتور محمد سعيد حنين امين في الأحكام المرجع السابق ص ٤٣٦ وما بعدها.

النهائية التي تترتب عن الظرف الطارئ وبذلك لا تشارك الإدارة إلا في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار.

* عند حساب الخسائر الناجمة عن الظرف الطارئ يحتسب الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الطارئة وفقا لاعتبارات العدالة وصالح المرفق العام، فالتمسير على الملتزم ومعاونته للتغلب على الظروف الطارئة أمر يعود بالنفع على جمهور المستفيدين من خدمات مرفق الامتياز ، وتصبح فكرة الحد الأقصى للأسعار المعقولة شرطا لقيام الظرف الطارئ.

* يخصم من قيمة الخسائر الفعلية التي تحملها الملتزم نتيجة الظرف الطارئ ، ما يرجع إلى أخطائه في تنفيذ العقد كإهماله أو عدم اتباعه للوسائل الفنية المسلم بها في مراحل التنفيذ .

* وأخيرا فإنه عند إجراء موازنة بين الإيرادات والمصروفات طوال فترة قيام الظروف الطارئ يدخل في حساب إيرادات الملتزم كل ما يحصل عليه من مقابل نقدي نظير تنفيذه للالتزامات التعاقدية سواء أكانت التزامات أصلية أو تبعية أما فيما يتصل بمصروفاته فإنها تشمل كل ما يتحمله الملتزم بسبب تنفيذ التزاماته التعاقدية كالنفقات العامة لإدارة المشروع محل الامتياز وأجور العمال والموظفين ونفقات استهلاك الآلات والمباني ورأس المال ونفقات التأمين العادية والرسوم المفروضة على الملتزم ، وينبغي أن تكون الخسارة الناشئة عن الظروف الطارئة واضحة متميزة كما يجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد النظر إلى عناصره بوصفها وحدة متكاملة .

وفي هذا المعنى تقرر المحكمة الإدارية العليا:

"أن تكون الخسارة واضحة متميزة ويجب لتقدير انقلاب اقتصاديات العقد أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحده متكاملة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ومعوضا عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات

العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد". (١٥٣).

ج) نوزع عبء الخسارة بين الملتزم والإدارة: من أبرز آثار نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز توزيع أعباء الخسارة الفلاحية الناجمة عن الحادث الطارئ بين الإدارة والملتزم وطبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي تتحمل جهة الإدارة النصيب الأكبر في تلك الخسائر بحيث لا تزيد نسبة الخسائر التي يتحملها الملتزم عن ٢٠% ويراعى المجلس جملة اعتبارات معينه كموقف الملتزم في مواجه الظروف الطارئة ومدى الجهد المبذول من جانيه للتغلب عليها والحالة الاقتصادية العامة للمشروع محل الامتياز ومدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة عموما ومدى سهوله أو تعنت جهة الإدارة في معاملة الملتزم.

٣) الطابع المؤقت لتعويض الملتزم في مواجهة الظروف الطارئة: (١٥٤) تستهدف نظرية الظروف الطارئة مواجهة عقبات مؤقتة مصيرها إلى زوال، يتمكن الملتزم من التغلب عليها حتى تعود الظروف إلى الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها في ضوء حالتين :

أ) الحالة الأولى: نهاية الظروف الطارئة وعودة التوازن المالي لعقد الامتياز : وفيها يستعيد عقد الامتياز توازنه المالي بتحقيق أمرين هما :

* بناء على زوال الظروف الطارئة كاتخفاض الأسعار إلى مستواها الطبيعي أو إلغاء القيود الاقتصادية التي تعوق تنفيذ العقد ، ينتهي الظرف الطارئ نهاية مستقلة عن إرادة المتعاقدين .

* أن تقبل جهة الإدارة إعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للملتزم في ضوء الظروف الطارئة التي تواجه تنفيذ العقد حيث تقبل زيادة الرسوم بما يحقق للعقد توازنه المالي ، وبذلك تتحلل الإدارة من التزامها بالتعويض.

(١٥٣) حكمها بتاريخ ١٧ يونيو ١٩٧٢ المجموعة السنة السابعة عشر ص ٥٧٧ كما يراجع حكمها بتاريخ ١٦ مايو

١٥ - الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق.

سندون مذكور محمد سعيد حسين أمين الأحكام العامة المرجع السابق ص ٤٣٩ وما بعدها.

ب) الحالة الثانية: استمرار الظرف الطارئ مع استحالة الحفاظ على التوازن المالي
لعقد الامتياز: قد يخلل التوازن المالي لعقد الامتياز بصوره نهائية بحيث لا يتمكن
الملتزم من الاستمرار في التنفيذ إلا بمعاونه دائمة من الإدارة .

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تتسم بطابعها المؤقت ، لذلك فإن مجلس
الدولة الفرنسي قد عدل في هذه الحالة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتمس
حلا آخر هو فسخ العقد بمقتضى حكمه الشهير في قضية تـرام شاربورج بتاريخ
٩ ديسمبر ١٩٣٢ حيث وضع الإجراءات الكفيلة بمعالجته حالة استمرار الظرف
الطارئ على النحو التالي :

* إذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ فإن لكل من طرفي العقد الحق في أن يطلب
من القاضي تسجيل تلك الحالة وإذا تم ذلك تحررت الإدارة من التزامها بالتعويض .
* على المتعاقدين محاولة التفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلا
للحياة كمحاولة الاستعاضة عن وسائل النقل القديمة في عقود الامتياز بوسائل حديثة
تعيد للمرفق توازنه الاقتصادي .

* إذا عجز الطرفان عن الوصول إلى حل من شأنه عودة التوازن المالي للعقد
الإداري . فلا مناص من الحكم بفسخ العقد بناء على طلب الإدارة أو المتعاقد وقد
يصحب الفسخ حكم بالتعويض لمصلحة أحدهما.

وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي استمرار الظرف الطارئ على النحو المتقدم
من قبيل القوة القاهرة استنادا إلى أن المسم في الحالين هو فسخ العقد والتي
اصطلح على تسميتها بـ " القوة القاهرة الإدارية " : *La force majeure administrative* . وفي نطاق القوة القاهرة بمفهومها التقليدي يفسخ العقد نتيجة
لتعرض الملتزم لصعاب يستحيل معها تنفيذه ، بينما في حالة " القوة القاهرة الإدارية "
بحكم القاضي بفسخ لمجرد قلب التوازن المالي بصورة نهائية - تتجاوز القدر
المعقول الذي قدرة الطرفان لحظة إبرام العقد.

ثانياً: قواعد المطالبة بالتعويض المؤقت استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة :

إذا توافرت شروط تطبيق النظرية ، وثبت للمتعاقد حق في التعويض الجزئي (المؤقت) فإنه يجوز الاتفاق في شأن تنظيم أوضاعه.

التنظيم الاتفاقي للتعويض وحدوده: بالنظر إلى التقلبات الاقتصادية والنقدية التي قد تواجه تنفيذ العقد ، تحرص الإدارة على تضمين عقود الامتياز شروطاً متنوعة لمواجهة تلك التقلبات ومن صورها:

(أ) الاتفاق في عقد الامتياز على إعفاء الإدارة من المسؤولية عن الحادث الطارئ: كأن تضع جهة الإدارة شرطاً في عقد الامتياز يحول دون التمسك بنظرية الظروف الطارئة حيث يتمتع على الملزم المطالبة بأي تعويض عن الظروف الطارئة في حالة قبول هذا الشرط .

غير أنه طبقاً للتطور الحاصل في قضاء مجلس الدولة الفرنسي فإن الاتفاقات السابقة لا تحول بين الملزم والمطالبة بالتعويض، وقد اعتبر المجلس تلك الاتفاقات مجردة من أي أثر ، ذلك أن أحكام نظرية الظروف الطارئة تعد من قواعد النظام العام فالنظرية لا تحد سندها فقط في فكرة العدالة وإنما تهدف أيضاً إلى تمكينه من التظلم على تلك العقبات بهدف ضمان سير المرفق العام بانتظام وإضطراده.

وفي هذا المسار أكد المشرع المدني المصري والقضاء الإداري مدي الصلة الوثيقة بين أحكام نظرية الظروف الطارئة وقواعد النظام العام حيث تقضى المادة ١٤٧ مدني في فقرتها الثانية ببطالان كل اتفاق مخالف لأحكام هذه النظرية كما صاغها المشرع ، فإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة للعقود المدنية غير ذات الصلة بصالح المرافق العامة فإن الحكم يكون من باب أولى بالنسبة للعقود الإدارية الوثيقة الصلة بالمرافق العامة وهذا بالفعل ما أكدته محكمة القضاء الإداري حيث قررت أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع شرطاً في العقد يحول بين المتعاقد وبين

التمسك بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئ إذا وقع أيهما وتكاملت شرائطه فشرط

إعفاء الإدارة من المسؤولية عن الظروف الطارئ بعد غير مشروع ولا يعتد به. (١٠٠)

(ب) الاتفاقات الخاصة بإعادة النظر في المقابل النقدي المستحق للمتعاقد على ضوء
التغير المتوقع في الظروف الاقتصادية للعقد: جرى العمل على إدراج بعض الشروط
في عقود الامتياز أو في الوثائق الملحقة بها يكون الهدف منها مراجعة الأسعار
والمقابل النقدي المقرر للملتزم على ضوء التغيرات الاقتصادية فإذا طلب الملتزم
التعويض وفقا لأحكام نظرية الظروف الطارئة ، يميز مجلس الدولة الفرنسي في
تطبيق هذه الشروط بين حالتين :

الحالة الأولى: إذا تعذر تطبيق الشروط الواردة بالعقد في خصوص مراجعة المقابل
النقدي المستحق للملتزم بسبب التدخل التشريعي كما لو أصدر المشرع إجراءات
معينه بهدف تجميد الأسعار أو وقف ارتفاعها ، يملك الملتزم استنادا إلى أحكام
نظرية الظروف الطارئة المطالبة بالتعويض .

الحالة الثانية: إذا لم تسعف الشروط التعاقدية الخاصة بإعادة النظر في المقابل
النقدي المقرر في إعادة التوازن المالي عندما تتجاوز التقلبات الاقتصادية التي
تصادف التنفيذ القدر الذي توقعه الطرفان لحظة إبرام العقد عندئذ يستطيع الملتزم
استنادا إلى أحكام نظرية الظروف الطارئة المطالبة بالتعويض الذي يتجاوز في
مقداره الحد المقرر بمقتضى الشروط التعاقدية.

والملتزم وإن كان يملك المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام نظرية الظروف
الطارئة في الحالتين السابقتين فلا يجوز له الجمع بين التعويض الاتفاقي المقرر
بمقتضى شروط العقد والتعويض القضائي بل ينحصر حقه في الحصول على
التعويض الأعلى.

(ج) اتفاق المتعاقدين على فسخ العقد عند تحقق الظروف الطارئ: إذا تضمن العقد أو
دفتر الشروط الملحق به نصا يخول الملتزم الحق في طلب فسخ العقد عند وقوع
حوادث طارئة ، فإن مثل هذا الشرط يمنع من المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام نظرية
الظروف الطارئة.

(١٠٠) حكمها في ١٤ أبريل ١٩٦٠ مجموعة السنة الرابعة عشر ص ٢٦ - وانظر أ.د. محمد سعيد في الأحكام العامة ص ٤٤٣

(د) الاتفاقات اللاحقة على إبرام العقد لمواجهة التغيرات الاقتصادية المتوقعة: قد تتفق الإدارة مع الملتزم بعد إبرام العقد وفي أثناء تنفيذه على زيادة المقابل النقدي المستحق لهما في ضوء التغيرات الاقتصادية المتوقعة مثل هذه الاتفاقات لا تؤثر على حق الملتزم في المطالبة بالتعويض وفقا لأحكام نظريه الظروف الطارئة إذا ثبت أن هذه الاتفاقات لم تنجح في إعادة التوازن المالي للعقد فإذا قبل الملتزم مثلاً زيادة الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين، وتبين بعد ذلك أن تلك الزيادة لم تنجح في مواجهة الظروف الطارئة فذلك لا يمنعه من المطالبة بالتعويض.

(هـ) الاتفاقات المبرمة بين الإدارة والملتزم بقصد تنظيم آثار الظرف الطارئ: هذه الاتفاقات مشروعة بطبيعة الحال فالتعويض القضائي المقرر للملتزم طبقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة يمثل -وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي- حلاً احتياطياً لا يلجأ إليه إلا في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين فإذا ما نجح المتعاقدان في الاتفاق على كيفية تعويض آثار الظروف الطارئة بعد تحققها، فلا شك في سلامة مثل هذا الاتفاق ويقتصر دور القاضي على تطبيق بنوده إذا حدث نزاع بشأنها.

(٢) أوضاع المطالبة بالتعويض المستحق للملتزم في مواجهة الظروف الطارئة: تتمثل أوضاع المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة في أمرين أساسيين:

(أ) تحديد الجهة المختصة بتحمل العبء النهائي للتعويض: إذا كان التعويض عن الظروف الطارئة يطلب من جهة الإدارة المتعاقدة فإن ثمة تساؤلاً تجدر الإشارة إليه في هذا المقام يتعلق بمدى حق جهة الإدارة المتعاقدة في الرجوع بالتعويض على الجهات الإدارية الأخرى التي كانت سبباً في الحادث الطارئ الذي نجم عنه الضرر،،
قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضية *Ville d'Elbeuf* بتاريخ ١٥ يوليو ١٩٤٩ وقد كان مرجع الظرف الطارئ صدور تشريعات تتعلق بتنظيم الأسعار مما ترتب عليه إرهاب الملتزم مع بلدية "Elbeuf" فلما حكم على البلدية بالتعويض طالبت البلدية الدولة بهذا التعويض فرفض المجلس الدعوى باعتبار أن مسئولية الدولة عن التشريع لها ضوابط معينة ولا تتحقق إلا بتوافر شروط قاسية من العسير تحققها. (١٥٦)

ب) تحديد ميعاد المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة: يثبت حق الملتزم في طلب التعويض عن الظروف الطارئة من أول لحظه يتحقق فيها هذا الظرف خلال مدة تنفيذ العقد . وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصري بموجب حكمها الصادر في ١٤ أبريل ١٩٦٠ (٤٥٧) حيث قررت بأنه " يستوي أن يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفاته بالتزامه التعاقدى".

وقد يحدث أحيانا أن يتعذر على الملتزم حصر الخسائر التي لحقت من جراء الظرف الطارئ أثناء مدة تنفيذ العقد للمطالبة بالتعويض - في هذه الحالة يتعين على الملتزم طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي الانتظار حتى تمام التنفيذ ، ويتفق أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في الرأي مع أستاذنا الدكتور الطماوى (٤٥٨) "في أنه لا مانع من المطالبة بتعويض مؤقت في الفرض السابق عن الحادث الطارئ لمعاونة المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ عقده إذا كان من شأن هذا الظرف أن يستمر مدة طويلة وليس في وسع المتعاقد أن ينتظر حتى زواله فمثل هذا الحل لا يتنافى مع القواعد العامة في تقدير التعويض فضلا عن أنه يتفق و الحكمة التي تقوم عليها النظرية وهي معاونة الملتزم على التغلب على الظروف الطارئة ومواصلة التنفيذ تحقيقا للصالح العام وإعمالا لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واستمرار". (٤٥٩)

(٤٥٧) مجموعة أحكام السنة الرابعة عشر ص ٢٦ وقد سبقت الإشارة إليه.

(٤٥٨) د. الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٤٥ - و ا.د. محمد سعيد في الأحكام ص ٤٤٩ .

(٤٥٩) وفي مقام الاتفاق مع هذا الرأي - يمكن القول بأن المعاونة المؤقتة لا تكفي في هذه الحالة للتغلب على الظروف الطارئة لوصاة "التنفيذ ويقتضى الأمر صرف تعويض مؤقت (أو مبدئى) ولفى تقدير الخبراء لحجم الخسائر المتوقع حصرها مستقبلا على أن يخصم هذا القدر من قيمة التعويض النهائى المقضى به للملتزم مستقبلا .

الفرع الثاني

"مدى مساهمة نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة في إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف غير المتوقعة"

تمهيد : (١٦٠)

المسلم أن مبدأ التعويض الكامل لإعادة التوازن المالي لعقد الامتياز ينطبق إذا ما توافرت شروط تطبيق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، ونتعرض لدراسة الأمور المتعلقة بذلك فيما يلي:

أولا

"مبدأ التعويض الكامل وفق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة " .

ثانيا

"تقدير التعويض الكامل للملتزم طبقا لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة " .

ثالثا

"حدود التنظيم الاتفاقي لتعويض للملتزم طبقا لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة " .

(١٦٠) انظر استاذنا الدكتور محمد سعيد حسين امين في الأحكام العامة المرجع السابق ص ٤٥٠ وما بعدها

أولاً " مبدأ التعويض الكامل وفقاً لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة " :

إن مسؤولية الإدارة عن فعل الأمير مسئولية تعاقدية بلا خطأ، ومن المتصور ألا يشمل التعويض كافة الأضرار، فالتعويض الكامل يستند عادة إلى المسؤولية المبنية على فكرة الخطأ ويتحقق مبدأ التعويض الكامل على نحو ما يلي :

١) ارتباط التعويض الكامل وفقاً لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة بفكرتي العدالة والخصائص الذاتية للعقود الإدارية : ففي نظرية فعل الأمير يقابل سلطات الإدارة المشروعة في تعديل العقد التزامها بتعويض الملتزم تعويضاً كاملاً عن كافة الأضرار التي تصيبه من جراء استخدامها لسلطتها وذلك بهدف الحفاظ على التوازن المالي لعقد الامتياز وإعادته للحالة التي كان عليها لحظة إبرام العقد .

وفي نطاق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإنه إزاء التزام المتعاقد بتنفيذ عقد الامتياز والاستمرار في هذا التنفيذ مهما كانت الصعوبات المادية التي تواجهه ، فمن العدالة أن تدفع الإدارة تعويضاً كاملاً للملتزم للتغلب عن تلك الصعوبات بهدف إعادة التوازن المالي.

٢) استحقاق الملتزم للتعويض الكامل وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على الرغم من استقلال تلك الصعوبات عن فعل الإدارة : تلتزم الإدارة إعمالاً لذلك بتعويض الملتزم عن كافة الخسائر التي تحملها ، ومن الخطأ توزيع أعباء الخسائر الناشئة عن الصعوبات غير المتوقعة بين كل من الملتزم والإدارة على غرار أحكام نظرية الظروف الطارئة فالملتزم طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يتحمل شيئاً من تلك الخسائر بل تلتزم الإدارة بتحمل أعبائها كاملة والقضاء الفرنسي بأخذ بقاعدة التعويض الكامل عن الصعوبات غير المتوقعة .^(٤١١)

^(٤١١) يراجع في هذا الصدد بحث أ. د. النور رسلان عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ص ٨٧٨ منشور بمجلة القانون والاقتصاد العددان ٤، ٣ من السنة ٤٨ ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي حكمه في ٣٠ = يوليو ١٩٤٨ في قضية *Min guerre cso.rol* المجموعة ص ٣٥٩١ وبحث أستاذنا الدكتور أنس قاسم جعفر (الصعوبات المادية غير المتوقعة) مكتب الشلفان المرجع السابق.

ثانياً : "تقدير التعويض الكامل للملتزم طبقاً لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة"

(١) تقدير التعويض الكامل وفقاً لأحكام نظرية فعل الأمير :

تتمتع الإدارة بسلطة تعديل التزامات المتعاقد معها بهدف تحقيق النفع العام ولكنها لا تستقل بتقدير التعويض المستحق للمتعاقد إنما يقدره قاضي العقد على أساس أن التعويض ينشأ في هذه الحالة عن أعباء والتزامات غير متوقعة وللقاضي أن يسترشد بأساليب تقدير المقابل النقدي بدفاتر الشروط العامة والوسائل الملحقة بعقود الامتياز كما يجوز له أن يستعين بأهل الخبرة لأن مهمة تقدير التعويض دقيقة وشائكة^(٤٦٢)، وذلك على نحو ما يلي:-

* عناصر التعويض الكامل طبقاً لنظرية فعل الأمير : طبقاً للرأي السائد فقها وقضاء يشتمل التعويض الكامل على عنصرين أساسيين هما :

العنصر الأول : ما يلحق المتعاقد من خسارة ناشئة عن فعل الأمير : يتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها الملتزم بسبب تعديل جهة الإدارة حسب طبيعة التعديل ومداه وما يترتب عليه من نتائج ، فإذا طلبت الإدارة سرعة إنجاز الأعمال موضوع العقد ، فإن ذلك يؤدي إلى زيادة التكاليف بدفع أثمان مرتفعة أو بزيادة أجور الأيدي العاملة.

وكذلك إذا أرجأت الإدارة تنفيذ العقد فإن من شأن ذلك تحميل المتعاقد خسائر متنوعة كالتزامه بإبقاء المعدات في موقع المشروع لمدة أطول من المدة المتفق عليها ، وضرورة احتفاظه بقدر من العمالة مدة أخرى فضلاً عن ارتفاع ثمن التكلفة للصعود المستمر في الأسعار مع مرور الوقت.

ولما كان تعديل الإدارة لالتزامات المتعاقد معها بزيادة أعباء إضافية عليه يترتب له حقا في التعويض الكامل لما تكبده من خسائر . فالأمر الصادر من جهة الإدارة بعدم تنفيذ بعض الالتزامات المنصوص عليها في العقد يترتب للملتزم حقا في

^(٤٦٢) في هذا المعنى يراجع حكم محكمة القضاء الإداري في مصر بتاريخ ٣٠ يونيو ١٩٥٧ وقد سبقت الإشارة إليه. وانظر رسالة د. على عبد العزيز الفحام عن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ص ٣٩٩ ، مؤلف أ. د. محمد سعيد الأحكام العامة المرجع السابق ص ٤٥٥

التعويض الكامل عما يتحملة من خسائر ، فقد لا يستطيع الملتزم تصريف المواد والأدوات والتجهيزات التي قررت الإدارة التنازل عن استخدامها في المشروع، وفي هذه الحالة تلتزم الإدارة بتعويض الملتزم عما يتحملة من خسائر نتيجة خفض حجم الأداءات التعاقدية

الفصل الثاني: ما يفوت المتعاقد من كسب بسبب توافر شروط تطبيق نظرية فعل الأمير: يتمثل هذا العنصر في المبالغ المعقولة التي كان الملتزم يعول عليها باعتبارها ربحا مشروعاً له ، فالتعويض يجب أن يغطي الكسب الذي كان ينتظره الملتزم من التنفيذ الكامل للعقد بشرط التزام ضابطين رئيسيين أولهما: ينبغي ألا يجاوز التعويض المقرر للملتزم طبقاً لنظرية فعل الأمير حجم الضرر الحقيقي، والثاني: أن الكسب المفقود الذي يؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض هو الكسب المعقول أما إذا ترتب على فعل الإدارة خفض ما يحصل عليه من أرباح باهظة فلا محل لتقرير تعويض عن ذلك.

وفي هذا المعنى تنص المادة الخامسة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة بأن " لماتح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام أو قواعد استغلاله وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل " .

وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بأنه " يحسن في هذا الصدد أن نشير إلى أن عمل الإدارة في تعديل شروط الالتزام لا يستتبع حتماً في جميع الأحوال أن يكون للملتزم حق في التعويض فإذا لم يترتب مثلاً على عمل الإدارة غير خفض الأرباح للباهظة إلى نسبة معتدلة فلا محل لأن يمنح الملتزم تعويضاً عن ذلك والأمر مختلف إذا ما أصاب الملتزم ضرر حقيقي استحال إلى خسارة بسبب التعديلات التي أجرتها الإدارة من عندها " .

ويشترط بطبيعة الحال لاستحقاق الملتزم للتعويض الكامل بغضيرة السابقين ، توافر علاقة سببية بين الضرر الذي أصاب الملتزم وفعل الإدارة .

* إستثناءات من مبدأ التعويض الكامل في نطاق نظرية فعل الأمير: يشير الفقه في نطاق نظرية فعل الأمير إلى نوعين من الاستثناءات لا يحصل فيهما الملتزم مع الإدارة على تعويض كامل :

الاستثناء الأول : حالة فسخ العقد بسبب العمليات الحربية: حيث يكتفي بتعويض الملتزم عن الأضرار الفعلية المترتبة على فسخ العقد ، واستبعاد فكرة الكسب الذي كان ينتظره طالما أن الفسخ بسبب يتعلق بالصالح العام.

الاستثناء الثاني: حالة مساهمة الملتزم في أحداث بعض الأضرار المترتبة على فعل الأمير: فالتعويض الكامل طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي يستبعد حالة مساهمة الملتزم بخطئه في إحداث بعض الأضرار الناشئة عن فعل الأمير أو مساعد على زيادتها . فحينئذ يستنزل المجلس من التعويض المقدار المناسب لخطأ الملتزم.

(٢) تقدير التعويض الكامل وفقا لأحكام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة :

يعد عند حساب التعويض الكامل بالمقابل النقدي المتفق عليه في العقد ، ويقدر التعويض على أساس الأسعار الجديدة إذا تغيرت الظروف التي أبرم التعاقد في ظلها أو إذا أدت تلك الصعوبات إلى تغير كامل في الأسس التي روعيت عند تحديد الأسعار.

وطبقا للقواعد العامة يفترض في العقد وجود شرط ختامي مفاده أن تبقى الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها سارية عند تنفيذه دون تغير جوهري ، فإذا ما تغيرت حتى أصبح التنفيذ جائرا بالنسبة إلى أحد المتعاقدين ، وجب تعديل العقد ليزول الضرر الناشئ من هذا التغير المفاجئ في الظروف الاقتصادية.

ثالثا "حدود التنظيم الاتفاقي لتعويض الملتزم طبقا لنظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة":

في حالة توافر شروط تطبيق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة وثبت للملتزم حقا في التعويض الكامل فقد يتفق الطرفان على إعفاء الإدارة من المسؤولية عن التعويض بصفة مطلقة أو بصفة جزئية ونعرض فيما يلي للحالتين:

الحالة الأولى: اتفاق إعفاء الإدارة من المسؤولية عن التعويض بصفة مطلقة:

يسلم غالبية الفقه (١٦٣) الإداري بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الإدارة والملتزم الذي من شأنه تنازل الملتزم بصورة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يواجهه أثناء التنفيذ بسبب فعل الأمير أو الصعوبات المادية غير المتوقعة وتؤكد محكمة القضاء الإداري بخصوص نظرية فعل الأمير بأنه "من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصا عاما بعدم مسئوليتها، أو يعفيها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض طبقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ومنها حقه في التوازن المالي للعقد.

ويقرر مجلس الدولة الفرنسي بأن احتواء العقد على ثمن جزافي يغطي كافة الأعباء التي يصادفها المتعاقد في التنفيذ لا يحول بين هذا الأخير ومطالبة الإدارة بالتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تنسم بطابعها الاستثنائي فالثمن الجزافي لا يقصد به سوى مواجهة المخاطر العادية المحتملة. وأن وجود هذا الثمن لا يعنى إعفاء جهة الإدارة من مسئوليتها بصفة مطلقة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد يصادفها المتعاقد في أثناء التنفيذ. (١٦٤)

الحالة الثانية: الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض بصفة جزئية: على عكس الحالة السابقة، يسلم الفقه بمشروعية الاتفاق بين الإدارة والملتزم بخصوص إعفاء

(١٦٣) خلافا للرأي الراجح يرى أ.د. توفيق شحاته "بأن التعويض الكلي لا يتعلق بالنظام العام للطرفين في العقد أن يغفرا على عكس ذلك إذا كان فيه ما يحقق مصالحهما. فيجوز النص على استبعاد التعويض كما يجوز النص على قصرة على جزء من الضرر. على أنه إذا نص في العقد على عدم التعويض جاز مع ذلك للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بتعويض إذا ثبت أن الأعباء الجديدة التي ألقيت على عاتقه لم تدخل في تقديرات الطرفين وأنها استجبت لخلل خطير بالتوازن المالي للعقد. مؤلفه في القانون الإداري طبعة ١٩٥٤/١٩٥٥، ص ٨٢٣، ٨٢٤. د. محمد سعيد حسين أمين على هذا الرأي بأنه يخالف الإحصارات العملية السائدة فليس من التصور أن يقبل المتعاقد التنازل بصورة مطلقة عن التعويض وهو الوسيلة الوحيدة التي يملكها في مواجهة سلطات الإدارة عند تعديل العقد الإداري.

(١٦٤) مجلس الدولة الفرنسي حكمه بتاريخ ٢٧/مارس ١٩٠٣ في قضية *Commune de jeumont* وحكمه بتاريخ ٢٧ نوفمبر ١٩٣٥ في قضية *Etabl. D scours* المجموعة ص ١١٠٠، وحكمه في قضية *Gouv.gen.de lindochine* بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٣٨، المجموعة ص ٩٣٧. ومطول الفقيه دي لو بادير في العقود ج ٣ ص ١٢.

جهة الإدارة من مسئوليتها عن تعويض بعض الأضرار التي قد تصيبه نتيجة ما يصدر عنها من إجراءات معينة في إطار نظرية فعل الأمير فيجوز للملتزم أن يتنازل مقدما عن التعويض المتعلق بنتائج إجراء معين قد تتخذه الإدارة قبله .

وتحرص دفاتر الشروط العامة الملحقه بعقود الامتياز في أغلب الأحوال على استبعاد التعويض بسبب إجراء معين قد تتخذه الإدارة في مواجهة المتعاقد مثل: تحمل المتعاقد بأعباء ضريبية معينة ، أو اشتراط تحمل ملتزمي المرافق العامة بالنفقات الإضافية المترتبة على إجراءات التنظيم الصادر بمقتضى لوائح الضبط في إطار المصلحة العامة . ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في تفسير مثل ذلك مراعاة منه لمصلحة الملتزم .

ويجوز تحديد شروط التعويض بموجب العقد ، أو استبعاد التعويض المتعلق بعنصر الكسب المفقود ، ويمكن للمتعاقد بطبيعة الحال أن يتنازل عن تعويض قد تقرر بالفعل لمصلحته في إطار نظرية فعل الأمير. (١٦٠)

ويرى أستاذنا الدكتور محمد سعيد وبحق أنه ينبغي التمييز في إطار اتفاقات إعفاء الإدارة من التعويض عن إجراءات معينة قد تصدر في مواجهة المتعاقد ، بين الاتفاق السابق على صدور تلك الإجراءات ، والاتفاق اللاحق على تحققها . فلا شك أن الاتفاق المسبق لتنظيم التعويض بخصوص إجراء معين يتوقع المتعاقدان حدوثه ، يخرج هذا الاتفاق من دائرة نظرية فعل الأمير ، فمن الثابت أن جوهر النظرية يستند إلى فكرة عدم التوقع - فالتكاليف والأعباء الزائدة التي تلقى على عاتق المتعاقد تعتبر غير متوقعة ما دام أنها ليست جزءا من الاتفاق بمعنى أنه لا يقابلها في شروط العقد أي تقدير . فإذا توقع المتعاقدان إجراء بعينه ، قد يصدر عن جهة الإدارة المالية ونص على تحمل المتعاقد لما يترتب عليه من آثار ، فإننا نكون بصدد تفسير نص تعاقدي يواجه ظروفًا متوقعة ، ولا نكون بصدد تفسير نص تعاقدي ينصل بنظرية فعل الأمير ، أما بالنسبة للاتفاقات اللاحقة على تحقق الإجراءات غير المتوقعة فإنه يجوز للمتعاقد بصفة عامة أن يتنازل عن تعويض تقرر لمصلحته .

(١٦٠) دى لوبا دير المرجع السابق ، ص ٦٩ .

مقارنه عامه بين آثار النظريات الثلاث: الثابت أن هناك أوجه التقاء وأوجه خلاف بين آثار النظريات الثلاث :

• أوجه الالتقاء بين النظريات الثلاث:

أن التعويض المقرر للمتعاقدين طبقاً لها جميعاً يتصل أساساً بفكرتي العدالة والخصائص الذاتية للعقود الإدارية بصفة علمية وعقد الامتياز بصفة خاصة ، فاعتبارات العدالة من ناحية ، وصالح المرفق العام من ناحية أخرى يحتمان معاونه جهة الإدارة للمتسلم بهدف التغلب على العقبات التي تصادفه أثناء التنفيذ حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته ويحقق خدمه دائمة للمنتفعين بالمرفق العام محل الامتياز .

• أوجه الخلاف بين النظريات الثلاث :

تتمثل أوجه الخلاف في حجم التعويض المقرر للمتعاقدين بالتطبيق لأحكام النظريات الثلاث بأنه تعويض جزئي مؤقت طبقاً لنظرية الظروف الطارئة، وتعويض كامل في نطاق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الثالث

التوازن المالي في عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T.

تقع مسئولية التوازن المالي على كاهل كل من طرفي عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. عند اختلال العقد بفعل أحد طرفيه وعند حدوث ظروف طارئة أو صعوبات مادية غير متوقعة .

وقد تضمنت بنود عقد الامتياز الصادر بنظام الـ B.O.T. أحكاما تتعلق بكيفية إحلال التوازن المالي للعقد حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح أو لوائح جديدة بعد سريان عقد الامتياز، وكذلك في حالة عدم قيام الملتزم أو الإدارة بالمسؤوليات والواجبات الملقاة على كل منهما في حالات الظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة - مع الالتزام في تطبيق بنود العقد لقوانين جمهورية مصر العربية^(١٦) المادة (٢) القاتون الواجب التطبيق: يخضع هذا العقد لقوانين جمهورية مصر العربية. في حالة حدوث تعديلات في القوانين واللوائح، أو صدور قوانين ولوائح جديدة بعد سريان هذا العقد يتسبب عنها زيادة في تكاليف إنشاء المطار، أو المدة المحددة لإنشائه.. فعلى الملتزم إخطار المالك بذلك خلال عشرة أيام . على أن يتضمن الإخطار كافة التفاصيل المتعلقة بالتعديل الذي تم وأثاره على الملتزم والإجراءات المقترحة، وعلى المالك تعويض الملتزم عن تلك الزيادة في التكاليف أو مد فترة الالتزام بما يساوى المدة التي تسببت القوانين واللوائح في زيادتها في مدة الإنشاء، وفقا لما يتم الاتفاق عليه بين الطرفين.

المادة (٣) موضوع العقد : إعداد الدراسات والتصميم :

(١) إعداد دراسة وافية ومتخصصة عن مخرات السيول والفوالق بمنطقة المشروع وكذلك دراسة عن الآثار الاقتصادية والبيئية لإنشاء المطار بها ملحق (٧).
(٢) إعداد الدراسات الفنية التفصيلية لكل من عناصر المشروع على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه وفي التوقيعات الواردة بالملحق (١٨) والتصميم الأولي لكل من عناصر المشروع على نحو ما تم تحديده، والاتفاق عليه بالملحق (١١)، والتصميم النهائي على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٢).

^(١٦) انظر الوقائع المصرية المرجع السابق المواد ٢، ٣، ٧، ٩، ١٠، ١١، ١٢، ١٧، ١٨، ص ١٤، ٨، ٧ إلى ١٩ من العقد

و الملاحق المرفقة به أرقام ٣-١٨، ٢٦، ٣٠، ص ٧٨، ٧٧، ٤٩، ٤٨

٣/ يتعهد الملتزم بأن يكون إعداد الدراسات، والتخطيط والتصميمات، وفقاً للمعايير القياسية الدولية وفق ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٥) (تحدد المعايير، والهيئة التي أصدرتها والتاريخ الذي صدرت فيه).

٤/ يتعهد الملتزم بإدارة واستغلال المطار لفترة ٤٠ سنة تدخل منها فترة الإنشاء وفق القواعد والشروط المحددة والمتفق عليها بالملحق (٢١).

٥/ يتعهد الملتزم أن تكون نظم إدارة وتشغيل المطار، ووفقاً للمعايير القياسية الدولية على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (١٧) (تحدد المعايير، والهيئة التي أصدرتها، والتاريخ الذي صدرت فيه).

يتعهد الملتزم باستيفاء المتطلبات الأمنية، ومتطلبات عمل الأجهزة الحكومية العاملة بالمطار على نحو ما تم تحديده والاتفاق عليه الملحق (٢٦) تشغيل الهيئات الحكومية بالمطار.

٦/ يتحمل الملتزم كافة المصروفات الجارية، واستبدال التالف من الأصول الثابتة خلال فترة الاستغلال بما يضمن استمرارية التشغيل بكفاءة .

٧/ يتولى الملتزم تحصيل مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال والاستغلال وقيمة استغلال المياه والكهرباء بالفئات ووفقاً للآلية التي تسم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٢٣) (١٦٧)

٨/ يكون تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية بالمطار مسؤولية المالك وعليه تخصيص العدد الكافي من العاملين نوى التأهيل والخبرة المناسبين لذلك التشغيل طبقاً للمراحل المختلفة لتطوير المطار ووفقاً للأسلوب والشروط التي تم

(١٦٧) الملحق (٢٣) مقابل الخدمات والدخول والتراخيص فئات والية تحصيل مقابل الخدمات ، يتولى المستثمر تحصيل مقابل الخدمات وقيمة استهلاك المياه والكهرباء ، ويتضمن مقابل الخدمات والدخول والتراخيص والانتفاع والأشغال جميع المكونات الواردة في القانون رقم ١٩ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته بخصوص رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوي وأشغال مبانى وأراضى الموانئ الجوية ومطارات ، وما يقترحه المستثمر من مكونات ، مع الالتزام بالقوانين المصرية ويقدم المستثمر إلى المالك كل ثلاثة أشهر من بدء تشغيل المطار ثم في أول أكتوبر من كل سنة ميلادية - حالية ، بيان عن الفئات التي سيقوم بتحصيلها بالنسبة لجميع أنواع الرسوم ويكون هذا البيان هو ما يطلبه المستثمر تنفيذه في السنة الميلادية التالية ويعلن المستثمر إلى جميع من يهمهم الأمر عن مكونات وفئات الخدمات التي يتم تحصيل مقابل عنها من المستفيدين ، وذلك قبل شهر من بدء تشغيل المطار ، ثم في أول ديسمبر من كل سنة ميلادية تالية، وبحق للمستثمر إضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك ، وعليه أن يعلن عنها إلى جميع من يهمهم الأمر قبل نفاذها بفترة لا تقل عن شهر

تحديدها بالملحق (٢٢) ويكون المالك مسئولاً عن تنظيم حركة الطائرات في نطاق المطار وأثناء إقلاعها وهبوطها وتحركها على أرض المطار وذلك توحيداً للمسئولية عن سلامة تلك الحركة ويلتزم المالك بتحمل المسئولية عن أية أضرار قد تلحق بالملتزم أو الغير من جراء قيامه بتشغيل برج المراقبة .

٩) يتعهد الملتزم بأن يدفع للمالك مقابل تشغيل برج المراقبة الجوية والمساعدات الملاحية حسبما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (٢٤).

١٠) يقوم المالك بإصدار الإعلان المقرر لتشغيل المطار لاستقبال وهبوط الطائرات متى أرسل الملتزم طلباً بذلك وفي خلال مدة ٢٨ يوم من تاريخ الطلب ، وذلك في حالة اجتياز المشروع لجميع الاختبارات اللازمة لذلك.. وفي حالة رفض المالك إصدار الإعلان المقرر فعليه إبلاغ الملتزم بأسباب ذلك الرفض في المدة المحددة حتى يمكنه تلافي هذه الأسباب وبعدها يقوم الملتزم بإعادة إشعار المالك بإتمام الأعمال المطلوبة بغية إصدار إعلان التشغيل خلال مدة ٤ أيوما من تاريخ إعادة الطلب .

١١) يتعهد الملتزم بمراعاة تشغيل الخبرات المتخصصة في الطيران المدني من بين العاملين بالهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالمشروع ، وذلك وفقاً للإجراءات الواردة بالملحق (٢٧)

١٢) يختص الطرف الأول بإصدار تصاريح وتراخيص الطائرات (هبوط و إقلاع) لكافة عمليات النقل الجوي.

١٣) يكون للطرف الأول الحق في التفتيش على كافة الأعمال والخدمات والأنشطة التي تؤثر على أعمال الطيران المدني ، وعلى الملتزم استصدار ترخيص تشغيل المطار أو أراضي النزول وتجديد الترخيص دورياً من الطرف الأول وفقاً لما تحدده القواعد المنظمة لذلك.

١٤) يتعهد الملتزم أن يدفع للمالك نسبة من عائد جميع استثماراته بالمطار ، وذلك على نحو ما هو محدد بالملحق (٢٥).

١٥) يتولى الملتزم تحديد علاقات وإجراءات التنسيق مع السلطات السيادية والأمن القومي وسلطات أمن الموانئ، والجوازات ، والجمارك ، والحجر الصحي ، وشرطة السياحة ، وشرطة الإقذاف والإطفاء والأرصاد الجوية مع الأخذ في الاعتبار الإجراءات المعمول بها بين المالك ، وهذه الجهات في المطارات التابعة له ، وترفق المستندات

الخاصة بهذه الإجراءات كملاحق لعقد الالتزام ما لم تكن لها صفة السرية ويقوم المالك بمعاونة الملتزم في هذا الشأن إذا طلب منه ذلك

١٦) يكون للملتزم في الحالات التي تتوقف فيها عمليات الطيران بالمطار لفترة أكثر من شهرين لأسباب قهرية خارجه عن إرادته أن يطلب من المالك إغلاق المطار بالنسبة لعمليات الطيران وفي حالة قيام المالك بذلك يتوقف الملتزم عن دفع تكاليف تشغيل برج المراقبة الجوية والخدمات الملاحية للمالك ويتم مد فترة الالتزام المتفق عليها بين الطرفين بمقدار نفس المدة التي أغلق فيها المطار.

تسليم المطار للمالك بعد نهاية فترة منح الالتزام : يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك دون مقابل وبحاله جيدة صالحه بما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دوليا وفقا للإجراءات التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٣١).

يتعهد الملتزم بتأمين مسئوليته عما قد ينجم عن تنفيذ هذا العقد من هلاك ، أو أضرار أو إصابات قد تلحق بالمالك أو الغير من جراء ما يقوم به موظفوه أو المتعلقون معه أو ما يغفلون القيام به كما يلتزم كذلك بتأمين مسئولياته المتعلقة بالتعويضات التي يلتزم بها بمقتضى هذا العقد^(٤٦٨).

المادة (٧) مراجعته الوثائق والمستندات: للمالك أن يقوم بتعيين استشاري ينوب عنه في مراجعته الوثائق المتضمنة للتصميمات والرسومات والبيانات التقنية وكذلك مراجعة برنامج التنفيذ ، وعلى المالك أن يخطر الملتزم بذلك، وعلى الملتزم أن يوفر للاستشاري الذي يعينه المالك المعلومات والوثائق وأن يسمح له بدخول الموقع ومراجعة التنفيذ بالقدر نفسه الذي يتيح العقد للمالك.

^(٤٦٨) و الحقيقة أن هذا التعهد يفرض على الملتزم القيام بالتأمين عما ينجم عن تنفيذ العقد من هلاك أو إصابات يستند منه من قانون الإشراف والرقابة على التأمين الصادر بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ المعدل بالقانون ٩١ لسنة ١٩٩٥ وقرار وزير الاقتصاد رقم ٣٦٢ لسنة ١٩٩٦ بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون حيث قضى في مادته الأولى بأن التأمين في تطبيق أحكام القانون يشمل تأمينات حياة الأشخاص والممتلكات والمسئوليات ضد أخطار الحريق وأخطار النقل البحري والجوى والتأمين على اجسام الطائرات وإلحاقا ومهماقما والتأمين ضد أخطار الحوادث المتنوعة والمسئوليات المتعلقة بكل ذلك.

يتعهد الملتزم أن تكون مكونات وأسلوب إعداد الوثائق والمواصفات والرسومات التي يتم تقديمها للمالك أو من ينوب عنه (الاستشاري) للمراجعة وفقا للمعايير الدولية على نحو ما هو موصوف بالملحق (١٤)، وفي حالة كونها مخالفة أو غير مخالفة أو غير دقيقة أو غير متوافقة يتم إعلانها لتعديلها ويتحمل الملتزم التكاليف والتبعات الناجمة عن ذلك بما فيها من تكاليف إعادة مراجعتها بواسطة الاستشاري.

يتحمل الملتزم التكاليف الناجمة عن جميع التعديلات والتغيرات التي تقتضيها أوجه عدم الدقة أو عدم الكفاية وعدم التوافق في المواصفات والرسومات وفق ذلك إذا تسببت هذه التعديلات في حدوث تأخير يعتبر المالك مسئولاً عن ذلك التأخير.

المادة (٨) التنفيذ المشوب بعيوب: إذا اكتشف المالك قياساً على المستويات الدولية لتأمين سلامة الطيران والركاب -عيوباً خطيرة في المطار أو في أي من مكوناته أو تجهيزاته أثناء إجراء التفتيشات والاختبارات التي يقوم بها المالك أو من ينوب عنه بموجب هذا العقد -وكانت هذه العيوب قابلة للإصلاح ..تعين على الملتزم والحالة هذه أن يصلح هذه العيوب وأن يثبت خلو المطار من عيوب خطيرة بتكرار تفتيش المالك أو من ينوب عنه في غضون ..تلي التفتيشات والاختبارات غير الناجحة التي سبق إجراؤها ، وإذا فشل في ذلك أو كررت التفتيشات والاختبارات وثبت أن العيوب غير قابلة للإصلاح فعلى الملتزم إزالة الأجزاء المعيبة من الإنشاء وإعادة إنشائها من جديد طبقاً للمواصفات القياسية ووفقاً لما هو محدد بالعقد وملاحقه.

المادة (٩) التأخير في التنفيذ: إذا لم ينجز الملتزم التزاماته في التواريخ المحددة لإنجازها وفقاً لجدول التنفيذ التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملاحق (١٨، ١٩) المرفقة بهذا العقد ..يحق للمالك أن يحصل من الملتزم على غرامه تأخير عن كل شهر أو جزء من شهر تأخير ينقضي بعد التاريخ المحدد للإنجاز ويتم حسابها وفقاً لما تم تحديده والاتفاق عليه بالملحق (٣٠). (٤٦٩)

(٤٦٩) الملحق (٣٠) قواعد حساب غرامات التأخير في تنفيذ إنشاء المطار (المرحلة الأولى)

إذا تأخر المستثمر في تنفيذ التزاماته في التواريخ المحددة وفقاً لجدول التنفيذ والتي يتم تحديدها والاتفاق عليها بالملاحق (١٨، ١٩، ٢٠) من هذا الاتفاق بحق للمالك أن يحصل من المستثمر على غرامة تأخير كالتالي :

٥٪ عن الشهر الأول أو جزء منه ١٪ عن الشهر الثاني أو جزء منه ١,٥٪ من الشهر الثالث أو جزء منه.

وتزداد الغرامة بواقع ٥٪ عن كل شهر لاحق بحيث لا تتجاوز قيمة الغرامة الموقعة عن ٥٪ من قيمة الأعمال التي لم يتم إنجازها في مواعيدها المحددة. ويجب لتوقيع الغرامة ألا يكون هناك أي تأخير من قبل المالك في اعتماد التصميمات

لا ينطبق الحد الأقصى المحدد في الفقرة (ج) من هذا البند على الإخلال بالتنفيذ بقصد إحداث خسائر أو الإخلال بالتنفيذ الناشئ عن عمد رغم العلم بأن ذلك يرجح أن تترتب عليه خسائر..

المادة (١٠) وقف الإنشاء:

أ) للملتزم الحق في طلب تمديد مدة الإنشاء في الحالات الآتية:

١) بناء على قرار من المالك.

٢) القوة القاهرة.

٣) ظروف استثنائية يكشفها الملتزم قد تطرأ في الموقع.

٤) أي تأخير أو إعاقة من قبل المالك.

ب) على الملتزم أن يخطر المالك خلال مدة ١٤ يوما من تاريخ وقوع الحدث المتسبب في التأخير بعزمه على التقدم بطلب لتمديد مدة التنفيذ ، وكذلك عليه أن يحتفظ بكل السجلات اللازمة لتبرير أي طلب يقدمه في هذا الصدد ، وأن يحتفظ بأي سجلات أخرى قد يطلبها المالك.

ج) على الملتزم أن يقدم تفاصيل كاملة تدعم طلب التمديد خلال مده ٢٨ يوما من وقوع التأخير تحسب ابتداء من اليوم الأول من التأخير.

د) على المالك دراسة الطلب المقدم من الملتزم لتمديد مدة التنفيذ وإخطاره بقراره في هذا الصدد ، في مده أقصاها ١٤ يوما من تاريخ تقديم المستند.

هـ) يحق للملتزم تمديد مدة تنفيذ أعمال البناء بما يعادل مدة التأخير التي قد تتسبب الجهات والسلطات الحكومية فيها ، وبالمعدلات المتفق عليها حسب البرامج الزمنية المقدمة منه .

و) إذا حدث في أي وقت تأخير من قبل الملتزم في تنفيذ أعمال البناء موضوع هذا الاتفاق مقارنة بالبرنامج الزمني المحدد فإنه يتعين على الملتزم أن يقدم للمالك برنامجا زمنيا معدلا يأخذ في الاعتبار الظروف السائدة، وعلى الملتزم في الوقت

والرسومات ويقوم المستثمر بإضافة هذه المدة للمقد بناء على إخطار كتابي منه للمالك . لا تطبق الغرامه في حالة أي ظروف قهرية تؤدي إلى توقف العمل، المقصود بالظروف القهرية هي الظروف المحددة في تعريف القوة القاهرة طبقا للملحق الخاص بالمصطلحات والتعاريف. إذا كانت العملية مجزأة إلى أجزاء مختلفة تطبق الغرامه على كل جزء على حدة حسب قيمته الختامية وتخفيض غرامة التأخير بنسبة قيمة الجزء الذي تم استلامه إلى قيمة الأعمال بالكامل . لا تسرى الغرامة في حالة توقف الأعمال بناء على طلب المالك -لأى سبب من الاسباب.

نفسه أن يبلغ المالك الخطوات المقترحة لزيادة معدلات التنفيذ بغرض إنجاز العمل خلال فترة الإجاز المحددة.

ز) يحق للمالك في أي وقت كان - لسبب من أسباب القوة القاهرة - (٧٠) أو ضحية سبب يعتبره المالك مهما أن يطلب من الملتزم إيقاف أعمال البناء في المشروع أو في جزء منه ، وإذا تم إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلى الملتزم ، فلا يحق له أي طلب تمديد في مدة إنجاز المشروع لكن إذا حدث إيقاف أعمال البناء لسبب يعود إلى المالك .. يحق عندها للملتزم تمديد مدة المشروع لفترة مماثلة لمدة الإيقاف.

المادة (١١) التعويض عن الأضرار :

أ) يتفق الطرفان على الالتزام بأحكام القانون في تحديد شروط ومدى إمكان حصول كل طرف على تعويض في حالة إخلال أيهما بالتزاماته.

ب) مع مراعاة أحكام العقد الأخرى لا يجوز اقتضاء تعويض إلا عن نوع وبمقدار الخسارة الذي توقعه الطرف المخل بالتنفيذ أو الذي كان يمكن توقعه عند التعاقد أو عند الإخلال بالتنفيذ ونتيجة له .

ج) على الطرف الذي يتكبد الخسائر نتيجة لإخلال الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته أن يتخذ كل التدابير اللازمة لتخفيف تلك الخسائر فإذا لم يتخذ هذه التدابير ، سقط الالتزام بدفع تعويض عن أي خسائر كان يمكن تجنبها بالتدابير المذكورة وإذا اتخذ هذه التدابير حق له مع مراعاة الحدود المقررة للتعويض بالقانون الواجب التطبيق أن يحصل على تعويض كامل عن جميع خسائره بما فيها التكاليف المعقولة التي يكون قد تكبدها لدى اتخاذ تلك التدابير حتى لو لم تنجح هذه التدابير في تخفيف الخسارة .

(٧٠) الملحق ٣-١٨ القوة القاهرة: تعنى القوة القاهرة أى حدث أو ظرف أو أحداث وظروف مجتمعة وتكون خارجة عن سيطرة المستثمر و/أو مقاولي الباطن و/أو الموردين التابعين له قد تسبب في أو تؤدي إلى تأخير في وفاء المستثمر لأي من الالتزامات التي ينص عليها هذا العقد وما قد ينجم عن ذلك من أضرار أخرى قد تكبد المستثمر تكاليف إضافية ، وتشمل تلك الأحداث والظروف على سبيل المثال لا الحصر : مثل الحرب والأعمال العدوانية الأخرى والإجهاض والأعمال العدائية الأجنبية الأخرى ، الحرب الأهلية والعصيان والتمرد وأعمال الشغب والإخلال بالنظام العام ، الإشعاعات النووية أو التلوث من النفط أو النفايات النووية أو الآثار المشعة أو السامة أو المفجرة الناتجة من أي جبهة نووية مفجرة ، والتمرد وأعمال الشغب والإخلال بالنظام إلا إذا انحصرت هذه الأعمال لمستخدمي المستثمر أو المقلوبين من الباطن ، الهزات الأرضية الناجمة عن العناصر الطبيعية

د) إذا لحق ضرر بالمطار أو بأي جزء منه بسبب القوة القاهرة -سواء في مرحلة الإنشاء أو خلال فترة التشغيل- يكون المالك مسئولاً عن دفع جميع تكاليف عمليات الإصلاح أو الترميم أو إعادة البناء أو الاستبدال ، بحسب مقتضى الحال لإعادة المطار إلى الحالة التي كان عليها قبل وقوع الضرر.

هـ) على الملتزم أن يخطر المالك فور بدء حدوث القوة القاهرة أو توقعها بكافة التفاصيل المتاحة عن الحادث وآثاره وعليه بالتقدير الذي يكون ذلك ممكناً اتخاذ جميع الاحتياطات والتدابير اللازمة لتدارك ومعالجة آثار القوة القاهرة والتخفيف منها ، وإلا سقط حق الملتزم في المطالبة بالتعويض عن أي خسائر كان يمكن تداركها أو التخفيف منها باتخاذ تلك الاحتياطات والتدابير.

المادة (١٢) الإنهاء بسبب القوة القاهرة : للمالك أن يختار إنهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة وعليه أن يعرض المستثمر عن ما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإنهاء وكذلك عن جميع المطالبات التي قد توجد للمستثمر من أي أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك الإنهاء وعلى المستثمر أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير .

المادة (١٧) : يمنح المالك للملتزم خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ التوقيع على هذا العقد الحق بدخول الموقع وحيازته بغرض تنفيذ التزاماته التي ينص عليها هذا العقد دون قيد ليتمكن من مباشرة أعمال البناء التي ينص عليها هذا العقد، ولينشئ أعمال البناء المؤقتة اللازمة . وفي حالة تأخير تسليم الموقع بسبب المالك فإنه تتم موافقة المالك على تمديد فترة الالتزام بما يعادل فترة التأخير في تسليم الموقع.

المادة (١٨) : يقوم المالك باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة للتنسيق مع القوات المسلحة وأية جهات حكومية أخرى لضمان قيام الملتزم بمباشرة مسؤولياته في إنشاء المطار وإدارته واستغلاله بحيث لا يضر من أي تدخل من هذه الجهات أو عدم قيامها بواجباتها.

الفصل الثاني

" آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير "

تمهيد وتقسيم :

لما كان العقد الإداري هو عقد بكل ما في الكلمة من معان فإن نسبة آثار العقود *L'effet relatif des contrats* تنطبق عليه ، وهذا ما يؤكد مجلس الدولة الفرنسي باستمرار سواء في أحكامه الحديثة أو القديمة على السواء . (١٧١)

ويختلف رأى الفقه في فرنسا بين مؤيد ومعارض : فالفقيه " دى لوبادير " يرى خضوع العقود الإدارية لقاعدة نسبة آثار العقود ، وهي ذات القاعدة المقررة في القانون الخاص بينما يرى الفقيه " بيكينو " عكس ذلك مقررًا بأن العقود الإدارية تخرج على هذه القاعدة .

ومن الناحية العملية فإن آثار عقد الامتياز تتعدى المتعاقدين إلى الغير فتفوض على هذا الغير بعض التكاليف والأعباء أو تخوله بعض الحقوق و المزايا ، ولا يثير تحديد فكرة الغير *La notion de tiers* أي صعوبة فيما يتعلق بالأفراد الذي يتعاملون مع الإدارة أو غيرهم ممن يمسهم العقد ، لكن هناك صعوبة فيما يتعلق بتحديد جهات الإدارة التي تعتبر من قبيل الغير بالنسبة إلى عقد معين . ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي جرى منذ تاريخ متقدم على أن المرافق العامة تعتبر غيرا بالنسبة إلى العقود التي يبرمها مرفق معين بصرف النظر عن تمتع تلك المرافق بالشخصية المعنوية وعلى هذا الأساس تعتبر الوزارات الأخرى غيرا بالنسبة إلى العقود التي يبرمها وزير معين فيما يتعلق بشئون وزارته . (١٧٢)

(١٧١) مؤلف استاذنا العميد الدكتور الطماوي في العقود المرجع السابق ص ٣٩١ وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٨ مارس ١٩٢٧ في قضية *fanvet* المجموعة ص ٣٦٠ وحكمه الصادر في ١٩ مارس ١٩٣٨ *cie* *interationale dua gaz* مجموعة سري ١٩٣٩ القسم الثالث ص ١ تعليق *A bel* في ٢٢ نوفمبر ١٩٤٧ قضية *caste* المجموعة ص ٨٤٩

(١٧٢) حكم المجلس الصادر في ١٩ مايو ١٨٦٥ في قضية *mony de mantnart* المجموعة ص ٥٥٤

وقد هجر مجلس الدولة هذا المسلك ، حيث تطورت فكرة الغير في مجال العقود الإدارية بصفة خاصة ومجال التنظيم الإداري بصفة عامة *la structure de L'administration* فأصبحت مرتبطة بفكرة الشخصية المعنوية ، وبالتالي فإن جهة إدارية معينة لا تعتبر من الغير بالنسبة إلى جهة إدارية أخرى إلا إذا كانت كل جهة فيها تابعة لشخص معنوي مستقل ، فالوزارات لا تعتبر "غيرا" بالنسبة إلى الدولة لأن كل وزارة لا تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الدولة ، بينما تعتبر المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى والهيئات العامة "غيرا" بالنسبة إلى الدولة ، و أيضا بالنسبة إلى العقود التي يبرمها كل شخص عام من هذه الأشخاص^(١٧٣) .

وفي هذا الفصل ندرس آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول

"التزامات المنتفعين في عقد الامتياز"

المبحث الثاني

"حقوق المنتفعين في عقد الامتياز"

المبحث الثالث

"الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير"

(١٧٣) استاذنا الدكتور العميد الطماري في العقود المرجع السابق ص ٣٩١ ، ٣٩٢ .

المبحث الأول

" التزامات المنتفعين في عقد الامتياز "

قد ترى الإدارة منح المتعاقد معها لا سيما ملتزمى المرافق العامة - بعض السلطات والمزايا وذلك على الوجه الآتى (١٧٤):

أولا : تفويض المتعاقد في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة وتتمثل في:

(١) تحويل المتعاقد - لاسيما في عقود الأشغال العامة والامتياز حق الاستيلاء المؤقت *droit d , occupation temporaires* أو الحصول على مواد من الأراضي المجاورة *droit desatraction de materiau* ، وأحيانا يخول عقد الامتياز للمتعاقد حق الاستفادة من سلطة نزع الملكية إذا تطلب ذلك حسن تنفيذ التزاماته العقدية (١٧٥)

(٢) كثيرا ما ينص عقد الامتياز على منح المتعاقد استعمال بعض أجزاء الدومين العام استعمالا خاصا ، وبالتالي يتضمن حرمان سائر الناس من الانتفاع بها ، أو يخول المتعاقد فرض قيود على هذا الانتفاع .

وفي عقود امتياز الـ *B.O.T.* ينص البند رقم (٢) بالملحق رقم (٤) - موقع المطار: "للمستثمر الحق في طلب ضم أراض أخرى مجاورة للموقع المذكور تكون لازمة لإنشاءات وعمليات الطيران" ، وفي حالة الحصول على هذه الموافقة سيكون للمستثمر الحق في إنشاء المطار عليها بدون الإخلال بالبرنامج الزمني المتفق عليه". (٣) من حق ملتزمى المرافق العامة الحصول على مقابل مالي من الأفراد ، وهذا المقابل يعتبر "رسما" "taxe" يخضع لما يستلزمه هذا الوصف من أحكام.

وفي عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* يتضمن حق الملتزم في الحصول على مقابل الخدمات والدخول والتراخيص (١٧٦) الملحق (٢٣) - مقابل الخدمات والدخول والتراخيص فئات وآلية تحصيل مقابل الخدمات ويتولى تحصيل مقابل الخدمات وقيمة استهلاك المياه والكهرباء ، ويتضمن مقابل الخدمات جميع المكونات الواردة

(١٧٤) استاذنا العميد الدكتور الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٧٤ وما بعدها

(١٧٥) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩ يناير ١٩٣٧ في *Grandet* المجموعة ص ٥٥

(١٧٦) انظر الرقائع المصرية المرجع السابق ملحق ٢٣ ص ٧٤

في القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣ وتعديلاته بخصوص رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوي وإشغال مباني وأراضي الموانئ الجوية والمطارات.

كما يتضمن المقابل كذلك ما يقترحه المستثمر من مكونات ، وذلك مع الالتزام بالقوانين المصرية ، ويقدم المستثمر إلى المالك قبل ثلاثة أشهر من بدء تشغيل المطار ثم في أول أكتوبر من كل سنة ميلادية تاليه، بيان عن الفئات التي سيقوم بتحصيلها بالنسبة لجميع أنواع الرسوم، ويكون هذا البيان هو ما يطلبه المستثمر تنفيذه في السنة الميلادية التالية.

ويطعن المستثمر إلى جميع من يهمهم الأمر عن مكونات وفئات الخدمات التي يتم تحصيل مقابل عنها من المستفيدين ، وذلك قبل شهر من بدء تشغيل المطار، ثم في أول ديسمبر من كل سنة ميلادية تاليه،،، ويحق للمستثمر إضافة نوعيات جديدة من الخدمات وتحديد فئاتها مع أخذ موافقة المالك ، وعليه أن يعلن عنها إلى جميع من يهمهم الأمر قبل نفاذها بفترة لا تقل عن شهر.

٤- قد تخول الإدارة الملتزم حق استعمال بعض سلطات البوليس *des pouvoirs de police* " إذا اقتضى تنفيذ عقدة ذلك ، ومن ذلك مسئولية الملتزم عن حفظ النظام بموقع العمل أثناء تنفيذ العقد كما تفرض عليه اتخاذ كل ما يكفل منع الإصابات، أو حوادث الوفاة للعمال ، أو أي شخص آخر أو الإضرار بممتلكات الدولة ، أو الأفراد وتعتبر مسئوليته في هذه الحالات مباشرة ، وهو في سبيل القيام بهذا الواجب . يملك أن يصدر إجراءات وتنظيمات يفرضها على عماله ، وعلى الغير ممن يتصلون بالعمل محل العقد وتتضمن المادة ٧٩ من اللاحة التنفيذية للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ مثل هذه الأحكام

٥- يمارس الموظف المعين بعقد ذات السلطات والاختصاصات المنوطة بالموظف ذو المركز النظامي في مواجهة الغير ، ويفرض عليهم من الإجراءات والأعباء لمواجهة ما تستلزمه مقتضيات وظيفته .

ثانيا : امتياز التقاضي : تقتصر هذه الميزة على عقدين من العقود الإدارية وهما عقدا الامتياز والأشغال العامة فإذا تسبب المقاول أو الملتزم في إحداث ضرر للغير أثناء التنفيذ فإنه يقاضى أمام المحاكم الإدارية ،،، وفي عقود الامتياز ليس للمضرم إلا أن يقاضى الملتزم ولا يرجع بالتعويض على الإدارة إلا إذا ثبت إغساره^(١٧٧).

ثالثا : استثناء الملتزم من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة : في بعض الحالات تتضمن عقود الامتياز شروطا تخول الملتزم بعض الامتيازات التي لا تتمشى مع قواعد المنافسة الحرة *Libre concurrence* ولا مع ضرورة مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة، ومن أوضح الأمثلة على ذلك شرط عدم المنافسة والذي يخول الملتزم حق منع غيره من المواطنين من ممارسة النشاط الذي يمارسه بمقتضى عقده مع الإدارة ، ويسلم القضاء الإداري في مصر وفي فرنسا بشرعية هذه الشروط. ومن هذا القبيل ما يرد في عقود امتياز المرافق العامة من إعفاء المتعاقد من بعض أنواع الضرائب بصفة دائمة أو لفترة محددة في العقد (*Des clauses d'immunité fiscale ou d'exemption d'imports*)^(١٧٨)

وبموجب القانون ٨ لسنة ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار يمنح الملتزم في عقود الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* مزايا وحوافز وكذلك إعفائه من بعض أحكام قوانين الضرائب والاستيراد والتصدير فضلا عن حماية من التأميم والحجز على الممتلكات ،، إلخ وذلك استثناء من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة.

وتستمد قاعدة عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام سندها القانوني بأن هذه الأموال مملوكة للشخص المعنوي العام الذي يتولى إدارة المرفق وهي بالتالي تعد من قبيل الأموال العامة التي لا يجوز الحجز عليها، وفي حالة عقد الالتزام فإن أموال مرفق الامتياز تكون مملوكة للملتزم ملكيه خاصة، ومع ذلك استقر القضاء الفرنسي استنادا إلى مبدأ استمرار سير المرافق العامة على عدم جواز الحجز على

^(١٧٧) حكم المجلس في ١٠ يناير ١٩٤٠ في قضية (*Ste Andrieu*) مجموعة سيري، سنة ١٩٤٠ القسم ٣، ص ٤٦ .
^(١٧٨) د. ١. العمد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٧٧ وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨ أبريل ١٩٣٩ في قضية (*comp. des chemins de fer de l'Ouest*) مجلة القانون العام سنة ١٩٣٩، ص ٥٨ مع تقرير المفوض حوس وفي ٢٠ يوليو سنة ١٩٣٨ في قضية (*Hebert*) مجلة القانون العام سنة ١٩٣٨ ص ٥٨١

هذه الأموال ، وقد تدخل المشرع المصري في المادة ٨ مكرر من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة ، المضافة بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٥٥ بالنص على أنه " لا يجوز الحجز ولا اتخاذ إجراءات تنفيذ أخرى على المنشآت والأموال والآلات والمهمات المخصصة لإدارة المرافق العامة".

المبحث الثاني " حقوق المنتفعين من عقد الامتياز "

يستطيع الغير - بصفته غيرا - أن يتدخل في مجال العقود الإدارية، وأن يطالب ببعض الحقوق أو بإلزام الإدارة أو الملتزم معها باتخاذ موقف معين، كما في الأحوال الآتية :

* حق الغير في أن تترم العقود الإدارية وفقا للقانون: يشمل هذا الحق جميع العقود الإدارية فالإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها بصفة مطلقة، كما يفعل الأفراد، بل إنها مقيدة بأوضاع وإجراءات قانونية يتعين الالتزام بها، و لكل ذي مصلحة وهو من الغير- بالفرض - مقاضاة الإدارة عن طريق طلب إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة *les actes detachables* والتعويض عنها إذا ما ترتب على مخالفة الإدارة للقانون ضرر كما لو استبعدت الإدارة عطاء أحد المنافسين بدون وجه حق، أو أرست المناقصة على غير صاحب العطاء الأول تصفا .

وفي الحقيقة أن الغير الذي يطعن على قرار إداري منفصل طالبا الحكم بإلغاء العقد لا يستند في الطعن إلى نص في عقد إداري وإنما يستند في الطعن إلى نصوص القوانين واللوائح، وفي هذا المقام يقول أستاذنا العميد الدكتور الطملاوي ' بأن الغير لا يستند حقه في الطعن من العقد ذاته، إنما يستند هذا الحق من النظام القانوني الذي وضعه المشرع للعقود الإدارية .

* الحقوق التي يستند بها الغير من النصوص المدرجة لصالحه في العقد: حيث تقوم الإدارة بتضمين عقود الامتياز شروطا لصالح بعض الطوائف ومن ذلك :

(١) أن تشترط الإدارة في عقد الامتياز التأمين ضد الأضرار التي قد تصيب الغير من جراء تنفيذ العقد^(٤٧٩) .

(٢) كثيرا ما تدرج الإدارة في عقود امتياز شروطا لصالح العاملين بالمرافق العامة التي تستخدم أعدادا كبيرة من العمال لسنوات طويلة^(٤٨٠)

(٤٧٩) حكم النقض الفرنسي الدائرة المدنية الصادر في ١٠ يونيو ١٩٤١ في قضية *wadislav Bester* مجرعة دالوز ١٩٤٢ ص ١١٤

(٤٨٠) حكم المجلس الصادر في ٢٢ يوليو ١٩٢٧ في قضية *synd des enpl ayes des secteues d'electricite de la seipe* ودالوز ١٩٢٨ ق ٣ ص ٤١ مع تعليق فالين وأنظر الدكتور/ شحاته أبوزيد دياب*

٣) وكثيرا ما تدرج الإدارة لدرء مسئوليتها في عقود الأشغال العامة ، والامتياز شروطا لصالح الملاك المجاورين لمكان التنفيذ ، وحينئذ يكون من حق هؤلاء الملاك الاستناد إلى تلك الشروط لحماية مصالحهم . (٤٨١)

• حقوق المنتفعين المستمدة من عقود الامتياز:

وهذه الحقوق من أبرز حالات امتداد آثار العقود الإدارية إلى غير المتعاقدين ، ولا خلاف عليها بين الفقهاء ، فالذي لا شك فيه أن المنتفع في عقود الامتياز يستمد منها حقوقا في مواجهة الإدارة والملتزم على السواء ، وذلك بأن يلجأ إلى القاضي المدني للحصول على حكم بأحققته في الحصول على الخدمة التي يقوم مرفق الامتياز بأدائها استنادا إلى عقد الالتزام . (٤٨٢).

ويستطيع المنتفع أن يلجأ إلى القضاء الإداري يطلب إلغاء القرارات الصادرة من الإدارة تلك التي تخول الملتزم حق مخالفة ما يرد في عقد الامتياز من شروط كما يستطيع طلب إلغاء القرارات الضمنية نتيجة رفض الإدارة التدخل لإجبار الملتزم على احترام شروط العقد إذا أخل الملتزم بتلك الشروط ، وكان ذلك وفق حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٤ أبريل ١٩٤٢ في قضية *comp air France*.

وفي سبيل التوسعة على المتقاضين تطور قضاء المجلس فبعد أن كان يحيل المنتفع إلى قاضي العقد للحصول على حكم بتفسير النص الذي يستند إليه المنتفع في طلب الإلغاء أصبح المجلس يتصدى لتفسير النص والفصل في طلب الإلغاء .

رسالة دكتوراه "مبدأ المساواة في الدساتير العربية" المقدمة لكلية الحقوق - جامعة عين شمس عام ٢٠٠١ ص ٣٢ و مؤلفه "مبدأ المساواة في الدساتير العربية و تطبيقاته القضائية" الناشر الطوبجي القاهرة ٢٠٠١ ص ٣٤ وانظر ما سبق ذكره في مجال التأمين ضد الأضرار والمخاطر من جراء تنفيذ عقد الامتياز.

وتؤكد المادة (٤٠) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على ما يلي " المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة ولا تميز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة " وهذه المساواة تنطبق على المصريين والأجانب على حد سواء وذلك باستثناء الحقوق والواجبات المرتبطة بجنسية الدولة مثل حق الترشيح والانتخاب راجع المرحوم د. فؤاد العطار في القانون الإداري ص ٤٠٢ وأ.د. ماجد الحلوي في القانون الإداري ص ٤٠٤ .

(٤٨١) (حكم المجلس الصادر في ٣ فبراير ١٩٠٥ في قضية *storch* مجلة القانون العام سنة ١٩٠٥ ص ٣٤٦ .

(٤٨٢) (مجموعة سري ١٩٣٨ القسم الثالث س ٦٥ .

وفي هذا الصدد تقول أ. د. سعاد الشرقاوى^(٤٨٢) في خصوص حقوق المنتفعين تجاه الملتزم بأن التعامل بينهما يأخذ شكل العقود التي قد تكون مكتوبة، أو شفوية، وفي الحالتين يتعين تحقيق المساواة بين المنتفعين، ويشترط بالنسبة للعقود المكتوبة أن تأتي شروطها مطابقة لعقد الالتزام وملحقاته ولأحكام القوانين المتصلة بنشاط المرفق العام.

ولهذه الاعتبارات نص القانون المدني المصري في المادة ٦٦٩ على أن "ملتزم المرفق العام يتعهد بمقتضى العقد الذي يبرمه عميلة بأن يؤدي لهذا العمل - على الوجه المألوف - الخدمات المقابلة للأجر الذي يقبضه وفقا للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته، وللشروط التي تقتضيها طبيعة العمل ويقتضيها ما ينظم هذا العمل من قوانين"

وتنص المادة ٦٧١ مدني على أن: "يكون لتعريفات الأسعار التي قررتها السلطة العامة قوة القانون". بالنسبة إلى العقود التي يبرمها الملتزم مع عملائه فلا يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفها.

"ويجوز إعادة النظر في هذه القوائم وتعديلها فإذا عدلت الأسعار المعمول بها، وصدق على التعديل سرت الأسعار الجديدة دون أثر رجعي من الوقت الذي عينه قرار التصديق لسرياتها، وما يكن جاريا وقت التعديل من اشتراكات في المرفق العام يسرى عليه هذا التعديل من زيادة أو نقص في الأجور، وذلك فيما بقي من المدة بعد التاريخ المعين لسريان الأسعار الجديدة"

ويثور التساؤل حول طبيعة تلك العقود، والتي لا تنطوي على شروط استثنائية، وإن انطوت على شروط ترد في عقود الإذعان التي ينظمها القانون الخاص وتنصب على الانتفاع بخدمة يقدمها المرفق العام فقط، و دون التعرض إلى تنظيمه وتسييره - في هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا في الدعوى رقم ١٠ لسنة ٤ ق عليا "تنزع" جلسة ١٩٧٤/٦/٢٩: "أن نشاط شركة المعمورة للإسكان والتعمير في قيامها على مرفق التعمير والإنشاءات السيلحية بالمعمورة لا يعتبر من قبيل ممارسة السلطة العامة، ولذلك فإن علاقتها بالمنتفعين بهذا المرفق العام ممن خولتهم حق شغل الكباتن العامة على شاطئ البحر لا تحكمها قرارات إدارية

(٤٨٢) انظر العقود الإدارية أ. د. سعاد الشرقاوى - المرجع السابق ص ٧٣ وما بعدها.

بالترخيص في شغل تلك الكائن بل تحكمها روابط تعاقدية نشأت بينها وبين المنتفعين وهي من روابط القانون الخاص وتخضع لأحكامه".

وفي فرنسا يستطيع المنتفع أن يلجأ إلى قاضي العقد لإجبار الإدارة على تمكنه من الاستفادة من نصوص العقد فقد تقدم مواطن فرنسي للبلدية بطلب تمكنه من الحصول على الكهرباء من الشركة الملتزمة بالإضاءة ولما لم يجب إلى طلبه لجأ إلى القضاء الإداري للحصول على حكم بأحققته في اقتضاء تلك الخدمة (٤٨٤).

وفي هذا المقام ترى أ. د. سعاد الشرفاوي بأن الأصل في المرافق العامة هو أن تقوم الحكومة ذاتها بإدارتها بالطريق المباشر إلا إذا اقتضت المصلحة العامة بأن تعهد بهذه المهمة إلى ملتزم نيابة عنها مع احتفاظ الإدارة بحقها في الرقابة على تلك المرافق، وحققها في تعديل النصوص وحققها في استرداد المرفق وهذه الحقوق لم تنقر للإدارة إلا لمصلحة المنتفعين والمرافق العامة عموماً سواء كانت تدار بالطريق المباشر أم بالالتزام هدفها خدمة جمهور المواطنين.

وعلى ذلك إذا قصرت الإدارة في استعمال الحقوق المقررة لها تجاه الملتزم فإن للمواطنين الحق في أن يطلبوا منها كتابة التدخل وإجبار الملتزم احترام شروط العقد، وقد يحدث ألا تستجيب الإدارة لطلب التدخل وعندئذ ينشأ قرار إداري سلبي بعدم التدخل وبمجرد مضي ستين يوماً على تقديم الطلب فإنه يحق للمنتفعين الطعن فيه بالإلغاء أمام مجلس الدولة وإذا حكم المجلس بإلغاء القرار المذكور فإن تنفيذ هذا الحكم يوجب على الإدارة أن تتدخل وتفرض على الملتزم احترام شروط العقد وأشد ما يثير جمهور المنتفعين ويحركهم نحو اتخاذ مثل هذا الإجراء هو إخلال الملتزم بقاعدة المساواة بينهم والمقررة بنص المادة ٦٧٠ من القانون المدني المصري (٤٨٥).

وفي مجال طعون المنتفعين يرى أ. د. محمد سعيد حسين أمين (٤٨٦) إلى أنه لا يمكن الاستناد إلى شروط عقد من العقود توصل إلى إلغاء قرار إداري بحجة أن القرار لا يتفق وشروط العقد، ومرجع هذه القاعدة إلى أن قضاء الإلغاء إنما يستهدف

(٤٨٤) انظر أ. د. الدكتور الطماوي في العقود ص ٦٨٠ وحكم المجلس الصادر في ٢٩ أكتوبر ١٩٢٦ في قضية Gey .

(٤٨٥) أ. د. سعاد الشرفاوي في العقود المرجع السابق ص ٧٢ .

(٤٨٦) أ. د. محمد سعيد في العقود ص ٣٢٣ وانظر مجموعة سري ١٩٠٧ القسم الثالث ص ٣٣ مع تقرير المفوض

رومي في حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢١ ديسمبر ١٩٠٦ في قضية *yndicat croix Seguey*

المحافظة على قواعد المشروعية في حين أن العقود لا تولد إلا التزامات شخصية يؤدي الإخلال بها إلى إثارة القضاء الكامل.

لكن مجلس الدولة الفرنسي خرج على هذه القاعدة وأجاز الطعن بالإلغاء في القرارات التي تصدر من الإدارة في علاقتها بالملتزم، وتتضمن الإخلال بشروط عقد الامتياز التي تحدد كيفية أداء الخدمة للمنتفعين^(١٨٧)، والتبرير الغالب لمعظم فقهاء فرنسا ومصر يرجع هذا الاستثناء إلى الطبيعة اللاحية لبعض الشروط الواردة في عقد الامتياز وينطوي خروج الإدارة أو الملتزم عليها على مخالفة للقاعدة اللاحية الواردة في العقد مما يجعل القرار الإداري غير مشروع ويحق لكل ذي مصلحة أن يرده إلى نطاق المشروعية بالطعن عليه قضاء.

ويرى أستاذنا العميد الطماوي أن هذا التبرير هو الوحيد الذي يمكن على أساسه الوصول إلى تمكين أشخاص غرباء عن العقد الإداري. واستنادا إلى شروطه للوصول إلى حكم بإلغاء قرار إداري فالقرار الإداري - في نطاق قضاء الإلغاء - لا يمكن الحكم بالغاثة إلا لأسباب محدده على سبيل الحصر، وهي عيوب الشكل، والاختصاص، ومخالفة القوانين، واللوائح والاحراف، والقرار الذي يخالف مجرد شرط عاجز من شروط العقد لا يمكن أن يوصف بأنه قرار مخالف للقوانين واللوائح، ومن ثم فإن المشكلة التي نحن بصدد حلها لا تتورع عملا إلا في نطاق عقود الامتياز التي تربط بين أطراف ثلاثة هم الإدارة ماثمة الالتزام، والملتزم ثم المستفيدون أما في سائر العقود الإدارية فإن العلاقة تكون في الغالب مقصورة على الإدارة والمتعاقد يؤدي الإخلال بها إلى إثارة القضاء الكامل^(١٨٧)

هذا وتتوزع المنازعات الإدارية باختلاف أعمال الإدارة إذ قد تكون أعمالا قانونية تنتج عنها مراكز قانونية جديدة أو تعديل في المراكز القانونية القائمة بموجب أوامر أو قرارات أو تصرف منفرد أو نتيجة توافق إرادتين أو تصرف من جانبين وهذه المنازعات تندرج تارة في إطار قضاء التعويض وتارة في إطار قضاء الإلغاء وذلك تبعا لصفة رافع الدعوى إما أنه المتعاقد مع الإدارة أو أنه من الغير.

ويقول أ. د. مصطفى أبو زيد فهمي في هذا الصدد "المتعاقد مع الإدارة - وهو أحد طرفي العقد - إذا لجأ إلى مجلس الدولة فإنما يلجأ دفاعا عن مركز ذاتي نشأ

(١٨٧) انظر أ. د. محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص ٣٢٤ وما بعدها.

من العقد فهو لا يستمد حقه من القانون مباشرة ، والمركز الذي يدافع عنه يختلف مضمونه من حالة إلى أخرى لان العقود بطبيعتها تختلف من حالة إلى أخرى . فهو إذا نافس قرارات الإدارة فإنما يناقشها "كمتعاقد " صاحب مركز ذاتي ولذلك فلا يسمح له كقاعدة عامة بالالتجاء إلى دعوى الإلغاء فحتى لو أصدرت الإدارة قرارا صريحا انتهكت به نصوص العقد كلها فإن السبيل الوحيد الذي يفتح أمامه هو الالتجاء إلى قاضي العقد عن طريق دعوى القضاء الكامل".

أما الغير الذي لم يكن طرفا في العقد فهو ينظر إلى كل القرارات الإدارية المتعلقة بالعملية العقدية على أساس أنه مواطن يستمد حقه من القانون مباشرة -فلو أن الإدارة أصدرت أمرا تعاقبت بمقتضاه .مع شخص معين محاباة منها له ، أو أصدرت قرارا تهاونت به في حقوق المستفيدين -بصدد عقد التزام المرافق العامة - فإن من أضرت بهم الإدارة يستطيعون الالتجاء إلى دعوى الإلغاء لأنهم يدافعون عن مركز قانوني موضوعي (٤٨٨).

وكثيرا ما تحتوى عقود الامتياز شروطا تكفل بعض المزايا المتعلقة بأجور العمال أو بظروف العمل .. الخ ويجرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ مدة على تحويل النقابات الممثلة للعمال حتى طلب إلغاء القرارات الإدارية الصريحة أو الضمنية التي تتضمن خروجاً على تلك الشروط - والملاحظ في هذا الصدد أن المجلس يقبل دعوى الإلغاء من النقابة لا من العمال بصفقتهم الفردية لأن النقابة تمثل الجميع ، ولها مصلحة محققة في رفع دعوى الإلغاء لتصحيح الوضع غير المشروع بالنسبة للجميع وتوفر على أعضائها رفع دعاوى فردية متعددة أمام القضاء العادي عن طريق الدعوى المباشرة استنادا إلى نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في كل حالة على حدة بينما يتمتع الحكم الصادر بالإلغاء على حجية مطلقة قبل كافة (٤٨٩).

(٤٨٨) أ.د. مصطفى ابو زيد فهمي ، القضاء الإداري ومجلس الدولة ، قضاء الإلغاء ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص ٣٩٥ - ومؤلف أ.د. رمضان بطيخ في القضاء الإداري المرجع السابق ص ٧.

(٤٨٩) أ.د. محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ص ٣٢٦ وانظر حكم النقض الفرنسي ١٣ مارس ١٨٨٩ مجموعة سري ١٨٨٩ القسم الأول ٢٦٣ ومارس ١٨٩٨ مجموعة سري ١٩٠٢ القسم الأول ص ٣٦٠.

وفيما يتعلق بنوع الدعوى التي يحق رفعها فإنها لا تخرج عن فرضين :

الفرض الأول : حالة استيفاء المنتفع شروط الخدمة فقد كان يلجأ إلى قضاء الإلغاء ، ثم عدل مجلس الدولة عن ذلك بموجب حكمة الصادر في ٥ نوفمبر ١٩٣٧ - وقضى بحق المنتفع اللجوء إلى القضاء المدني لأن العقد المبرم بين الملتزم والمنتفع هو من عقود القاتون الخاص شريطة أن يراعى القضاء العادي موضوع المسائل الأولية التي قد يثيرها النزاع والتي يختص بها القضاء الإداري.

الفرض الثاني : حالة أن يكون بين المنتفع والملتزم عقد يحدد شروط الانتفاع وأوضاعه ، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بحكمة الصادر في ١٨ فبراير ١٩٤٤ في قضية *Des villette* المجموعة ص ٥٨ باعتبار أن العقود التي تبرمها شركات الامتياز مع عملائها هي من عقود القاتون الخاص وبالتالي فالمحاكم القضائية تختص بالفصل في المنازعات التي يثيرها تطبيق تلك العقود في العمل (٤٩٠)

هذا ومن أحدث القضايا المرفوعة أمام محكمة القضاء الإداري الدعوى رقم ٣٧١٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٩٩/٧/٢٠ تلك التي أقامتها المواطنة سعيدة احمد ضد محافظ القاهرة وآخر بصفتيهما بطلب الحكم بوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه والصادر بإيقاف حركة مترو مصر الجديدة عند محطة رمسيس بدلا من استمرار مساره حتى المحطة النهائية بميدان عبد المنعم رياض وتنفيذ الحكم بمسؤولته مع إلزام الجهة الإدارية المصروفات.

وقد احتوت مذكرة دفاع مركز المساعدة القضائية والقانونية المتضامن مع المدعية بأن القرار تجاهل ما رصدته الدراسات من أن ٧٧ % من المنتفعين يستخدمون " المترو " من ميدان عبد المنعم رياض وحتى ميدان روكسي فيكون القرار معيبا بالاحتراف لإخلاله بمبادئ المساواة بين المواطنين، وعدم مراعاة العدالة في توزيع الأعباء والتكاليف العامة ، وفقدان القرار للمشروعية بالمخالفة لأحكام الدستور (٤٩١) والتي أكدت على اشتراك المنتفعين في إدارة المشروعات ورقابة سلوك

(٤٩٠) أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في العقود المرجع السابق ٣٢٧ وما بعدها .

(٤٩١) نص المادتين ٤ ، ٢٧ من الدستور على أنه : -

الإدارة في شأنها ، وقد صدر القرار دون الرجوع لرأى المنتفعين ولم يضع في اعتباره تحقيق الصالح العام ومتطلبات الحياة الواقعية واحتياجات المواطنين .

كما نعت المدعية على القرار الطعين انعدام السبب الصحيح ، فالسبب الذي أفصحت عنه الإدارة وهو تصريف أحجام الحركة بميدان رمسيس ، لا يصلح أن يكون سببا صحيحا يمكن أن يقوم عليه القرار، وعلى العكس فإن نزول ما يقرب من ٣٥ ألف راكب بمحطة رمسيس يؤدي إلى ارتباك حركة المرور في قلب المدينة ، كما أنه يخل بنظرية التكامل بين المترو ووسائل النقل الأخرى ويكدر الحياة اليومية للمواطنين ويكلفهم مبالغ وأعباء إضافية.

وقد قامت المدعية بتعديل طلباتها إلى طلب الحكم بإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن إعادة مسار مترو مصر الجديدة إلى ميدان عبد المنعم رياض (التحرير) مع إلزام المطعون ضدهما بصفتيهما بأن يؤدبا لها مبلغ مليون جنيه تعويضا عن الأضرار المادية والأدبية التي أصابتها من جراء عدم إعادة مسار المترو وإلزامهما المصروفات .

وبجلسة ٢٠٠١/٢/٢٠ حكمت المحكمة بعدم قبول طلب الإلغاء لانتفاء القرار الإداري وبقبول طلب التعويض شكلا ورفضه موضوعا وجاء في أسباب الحكم:

أن القرار الإداري السلبي في مفهوم حكم الفقرة الأخيرة من المادة (١٠) من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ إنما يتحقق قيامه في حالة رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح ، فإذا لم تكن الإدارة ملزمة قانونا باتخاذ القرار بأن كان مما ترخص في إصداره وفقا لسلطتها التقديرية ، فإن رفضها اتخاذه أو الامتناع عن ذلك لا تقوم معه للقرار السلبي قائمه ، وتكون دعوى الإلغاء المقامة غير مقبولة لانتفاء القرار الإداري.

وحيث أن المادة (١) من قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة رقم ٢٧١٦ لسنة ١٩٦٦ في شأن هيئة النقل العام بمدينة القاهرة تنص على أن:

= مادة ٤ " الأساس الاقتصادي لجمهورية مصر العربية هو النظام الاشتراكي الديمقراطي القائم على الكفاية والعدل بما يحول دون الاستغلال ويؤدي إلى تقريب الفوارق بين الدخول وبعث الكسب المشروع ويكفل عدالة توزيع الأعباء والتكاليف العامة .

مادة ٢٧ يشترك المتفعون في إدارة مشروعات الخدمات ذات النفع العام والرقابة عليها وفقا للقانون .

"فيما عدا ما يدخل في اختصاص هيئة أو مؤسسة أخرى أو ما يكون مدارا بطريق الالتزام تتولى هيئة النقل العام لمدينة القاهرة دون غيرها إدارة واستغلال كافة مرافق النقل العام للركاب بالقاهرة الكبرى ويكون لها في سبيل تحقيق أغراضها إقامة واستغلال المنشآت الملحقة أو المرتبطة أو المتممة لمرافق النقل العام للركاب بمدينة القاهرة.

وتنص المادة (٤) من هذا القرار على أن :يختص مجلس الإدارة فضلا عن الاختصاصات المنصوص عليها في القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٣ المشار إليه بالنظر في وضع السياسة العامة للهيئة وبرامج المشروعات الخاصة بالأعمال الجديدة ، وتحديد مسارات الخطوط الجديدة ومواقع المحطات وتنسيق وسائل النقل والنظر في التعديلات الجوهرية للسيارات أو للشبكة الحالية وكذا الإلغاءات.

والمستفاد من ذلك أن المشرع قد ناط بهيئة النقل العام لمدينة القاهرة دون غيرها القيام بإدارة واستغلال كافة مرافق النقل العام للركاب بالقاهرة الكبرى ولها في سبيل تحقيق ذلك تحديد مسارات الخطوط الجديدة ومواقع المحطات وتنسيق وسائل النقل وإدخال التعديلات الجوهرية على هذه الخطوط والمسارات .

ومن حيث أن قضاء المحكمة الإدارية العليا مستقر على أن جهة الإدارة باعتبارها القائمة على مصالح المواطنين وتحقيق الأمن والرخاء لهم تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الموقع المناسب لإقامة مشروعاتها في ضوء ما يظهر لها من اعتبارات المصلحة العامة ،على اعتبار أنها الأكثر دراية باحتياجات الجماهير العريضة من الشعب ،ولا تعقيب عليها في ذلك طالما خلا مسلكها من إساءة استعمال السلطة أو الانحراف بها.

وحيث أن الثابت من الأوراق أن الإدارة العامة لمرور القاهرة قد أعدت مذكرة لرفعها إلى محافظ القاهرة ضمنيتها إيقاف المترو بميدان رمسيس وعدم تشغيله في المسافة من ميدان رمسيس وحتى ميدان الشهيد عبد المنعم رياض (التحرير) وأنه بتاريخ ١٩٩٧/١١/٦ وافق المحافظ على هذه المذكرة ،وإذ تطلب المدعية إعادة تشغيل المترو في المسافة من ميدان رمسيس وحتى ميدان الشهيد عبد المنعم رياض وكانت جهة الإدارة بما لها من سلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن غير ملزمة على

النحو السالف بيانه بإعادة تشغيل المترو في هذا المسار ،الأمر الذي لا يشيد قرارا سلبيا بالامتناع ،وتكون الدعوى الماثلة غير مقبولة لانتفاء القرار الإداري.

ومن حيث انه عن شكل الدعوى بخصوص طلب التعويض ،فإنها لا تنقيد بالمواعيد والإجراءات المنصوص عليها في المادة ٢٤ من قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ ،وإذا استوفت الدعوى سائر أوضاعها الشكلية الأخرى المقررة قانونا،فإنها تكون بخصوص هذا الطلب مقبولة شكلا.

وحيث أنه عن الموضوع ،فإن المادة ١٦٣ من القانون المدني تنص على أن :كل خطأ سبب ضررا للغير ،يلزم من ارتكبه بالتعويض " ، والمستقر عليه أن مناط مسؤولية الجهة الإدارية عن قراراتها مرهون بتوافر ثلاثة أركان وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما .

ومن حيث أن الثابت من الأوراق ،وعلى النحو السالف بيانه بخصوص طلب الإلغاء ،أن الجهة الإدارية ليست ملزمة بإصدار قرار إداري بإعادة تشغيل المترو في المسافة من ميدان رمسيس وحتى ميدان (التحرير) وأن تصرفها جاء متفقا مع أحكام القانون الأمر الذي ينتفي معه ركن الخطأ في مسؤولية الجهة الإدارية ،وبالتالي فإن طلب المدعية يكون غير قائم على أساس خليقا بالرفض.^(٤٩٢)

(١١) طعن المدعي على هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا وقيد الطعن برقم ٦٢٥١ لسنة ٤٧ ق

المبحث الثالث

" الأساس القانوني لامتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير "

أشرنا في المبحثين السابقين إلى أن آثار عقد الامتياز تمتد إلى غير المتعاقد استثناء من قاعدة نسبية آثار العقد ، وفي هذا المبحث نتناول بالدراسة مختلف الأسس والأفكار التي قيل بها تبريرا لامتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير وذلك من خلال مطلبين :

المطلب الأول

" نظرية الاشتراط لمصلحة الغير "

المطلب الثاني

" الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كمبرر لامتداد آثاره إلى الغير "

المطلب الأول

"نظرية الاشتراط لمصلحة الغير"

"Theorie de la stipulation pour autrui"

إن نظرية الاشتراط لمصلحة الغير الواردة في القانون الخاص لتبرير امتداد آثار العقود إلى غير المتعاقدين قد ورد النص عليها في المواد ١٥٤، ١٥٦ من القانون المدني ، ويتحقق الاشتراط لمصلحة الغير بتوافر الشروط الآتية^(١٣):-

- * أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع وألا يكون المنتفع طرفا في العقد.
- * أن يشترط المشترط على المتعهد حقا مباشرا للمنتفع .
- * أن يكون للمشرط من وراء ذلك مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية .^(١٤)

وقد لجأت المحاكم القضائية إلى هذه النظرية لتبرير بعض آثار عقود الامتياز وفق الشروط التي ترد في عقود التزام المرافق العامة لصالح المنتفعين ، وأيضا لمصلحة العمال من حيث ساعات العمل والتعويض عن الإصابات . . . الخ .

وقيل بأنه ليس ثمة مانع من تطبيق النظرية في نطاق العقود الإدارية متى توافرت شروطها ، ذلك أن أحكامها لا تتعارض مع مقتضيات سير المرافق العامة .

على أن إمكان تطبيق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في مجال العقود الإدارية لا يضي صلحية تطبيقها لتفسير الآثار التي ترتبها تلك العقود في مواجهة الغير في جميع الحالات ، فالنظرية يتحقق تطبيقها في كل حاله تستوفي شروط التطبيق المشار إليها . وفي النصوص التي تتضمنها العقود لصالح العمال مما يجعل الملتزم مسنولا مباشرة في مواجهة الإدارة والعمال في حالة تنازله عن العقد إلى متعاقد آخر وموافقة الجهة الملتحة^(١٥) .

(١٣) استاذنا العميد المرحوم الدكتور الطماوي في العقود المرجع السابق ص ٦٨٢ وما بعدها.

(١٤) الوسيط استاذنا المرحوم الدكتور السهوري الجزء الأول ص ٥٧٣ .

(١٥) انظر المرحوم الدكتور السهوري المرجع السابق ص ٥٧٢ فهو يقول في وسيطه بأنه إذا حصلت شركة على احتكار تلزم به لأن مانع الاحتكار يشترط عادة على المحتكر شروطا لمصلحة المتفعين من الجمهور فيشترط مثلا حدا

ويقول أستاذنا العميد الطماوى بأن هذا التبرير ترفضه غالبية فقهاء القانون العام كأساس عام لتبرير آثار العقود الإدارية في مواجهة الغير، وبصفة خاصة في مجال عقود الامتياز ويوجهون إليه الانتقادات الآتية :

١) يشترط لتطبيق النظرية أن يكون المستفيد معنا أو قابلا للتعيين والذي من الصير بل والمستحيل تحقيقه في عقود الامتياز .

٢) تؤدي نظرية الاشتراط لمصلحة الغير إلى منح الغير حقا مباشرا بمقتضى العقد في مقاضاة المتعهد ، لكن عقود الامتياز تخول المنتفع حقوقا أكثر من ذلك إذ تسمح له بمقاضاة الإدارة ذاتها، وهو ما لا يتفق مع فكرة الاشتراط لمصلحة الغير .

٣) أنه متى قبل المستفيد بالشروط المقررة له بمقتضى العقد فإن حقه يستقر بصورة نهائية، وليس الأمر كذلك في مجال عقود الامتياز . فالإدارة لها كامل الحق في أن تتدخل بتعديل الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالزيادة أو النقص ، وهذا التعديل يسرى على جميع المنتفعين على السواء الحاليين منهم ، وأولئك الذين يطلبون الانتفاع بالخدمة بعد التعديل .

٤) أنه لا يمكن لفكرة الاشتراط لمصلحة الغير أن تفسر حق المنتفع في الالتجاء إلى قاضي الإلغاء ، في خصوص تنظيم عقد الامتياز لأن مخالفة الإدارة لشرط وارد في العقد يثير المسؤولية التعاقدية التي تحسم عن طريق القضاء الكامل لا عن طريق قضاء الإلغاء ، وهو قضاء عيني *contentieux objectif* لا يثار إلا إذا كان ثمة نزاع يتعلق بالمشروعية لا بالاعتداء على حقوق شخصية^(١٩٦) .

٥) أنه إذا ما صلحت نظرية الاشتراط لمصلحة الغير في بعض الحالات لتفسير الآثار المقيدة للعقود الإدارية في مواجهة الغير ، فإنها لا تصلح قطعا لتبرير الأعباء التي تفرضها تلك العقود على الغير .

معنا من الأجور لا يجوز للمحتكر أن يجاوزة في مثل هذه الحالة يوجد اشتراط لمصلحة الغير ويستطيع بمقتضاه أن يقلص المحتكر وبطالته بتنفيذ الشروط التي فرضت لمصلحته

^(١٩٦) (راجع مؤلف أستاذنا العميد الطماوى الرجز في قضاء الإلغاء ١٩٨٤ الناشر دار الفكر العربي .

" الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز كمهور لامتحان آثاره إلى الغير "

يرى الفقيه "بيكينو" أنه من غير الجائز التقيد بالقاعدة المدنية التي تقضى بقصر آثار العقود على أطرافها، وأنه من غير المجدي محاولة إكراه نظرية الاشتراط لمصلحة الغير المدنية وتحويل أحكامها حتى تصلح سنداً قانونياً لتبرير الآثار التي تولدها العقود الإدارية في مواجهة الغير، .

على أنه إذا كان هذا الرأي يرجع آثار العقود الإدارية في مواجهة الغير إلى طبيعة الاختصاصات الإدارية بصفة عامة فإن العقود الإدارية هي المصدر المباشر لتلك الآثار لأن هذه العقود هي التي تجعل المتعاقد دائناً أو مدينا بتلك الآثار في مواجهة الغير (٤٩٧).

ويذهب فريق من الفقهاء إلى أن العقود الإدارية تخضع لنسبية آثارها كما هو الشأن في عقود القانون الخاص، ومن هذا الرأي الفقيه "دى لوبادير" ويستند في ذلك إلى أحكام مجلس الدولة الفرنسي الآتية (٤٩٨)

(أ) حكم المجلس الصادر في ١٨ مارس ١٩٢٧ في قضية *fauvet* .

(ب) حكم المجلس الصادر في ١٨ مارس ١٩٢٧ في قضية *Cie internationale du gaz*

(ج) حكم المجلس الصادر في ٢٢ نوفمبر ١٩٠٧ في قضية *Esote*.

ولكن الفقيه "دى لوبادير" لم يكن يستطيع أن ينكر الحالات الكثيرة التي تؤدي فيها العقود الإدارية إلى إفادة الغير أو إلى تحميله بعض الأعباء وهي حالات استثنائية يمكن إرجاع كل طائفة منها إلى أساس قانوني معروف لا يمس قاعدة نسبية العقود كما في الحالات الآتية :

هناك بعض حالات صورها الفقيه "بيكينو" على أنها تعتبر تطبيقاً لقاعدة امتداد آثار العقد إلى الغير وهي في حقيقتها ليست كذلك، ومنها في نظر الفقيه دى لوبادير حق الغير في أن تهرم العقود الإدارية وفقاً للقانون، ومنها أيضاً المزاي التي يستمد منها المتعاقد من العقد كشرط ضمان عدم المنافسة، أو الإعفاء من

(٤٩٧) أستاذنا العميد الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٨٧ ، ٦٨٨

(٤٩٨) المجموعة ص ٣٦٠ ، مجموعة سري ١٩٣٩ القسم الثالث ص ١ ، المجموعة ص ٨٤٩ .

الضرائب.... الخ ويوافق الفقيه " دى لوبادير " على أن الآثار التي ترتبها هذه الشروط في مواجهة الغير تعتبر آثار غير مباشرة ولا ترقى إلى مرتبة الاستثناءات من قاعدة نسبية آثار العقود .

وهناك بعض التزامات يتحملها الغير نتيجة للشروط الواردة في العقد - كحق المتعاقد في شغل بعض الأملاك العامة المجاورة لموقع العمل، أو في أخذ مواد منها، واحتمال استفادة المتعاقد من سلطة نزع الملكية .. الخ . والفقيه " دى لوبادير " يرد أساس هذه الحالات إلى القانون باعتباره المصدر الذي رتب هذه الالتزامات، واعتبرها من قبيل الاتفاقات القانونية " *Les servitudes legales* " في معظم الحالات التي تمتد فيها آثار العقود الإدارية إلى الغير نتيجة لشروط العقد فإن الفقيه " دى لوبادير " يرجع ذلك إلى فكرة الاشتراط لمصلحة الغير بشروطها المعروفة.

وفي حالة عقد الامتياز فإن الفقيه " دى لوبادير " يرجع استفادة الغير من الشروط الواردة في عقد الامتياز إلى الطبيعة اللاحقة لهذه الشروط، ويرى أن شروط عقد الامتياز وحده والمتصلة بتسيير المرفق دون غيرها هي التي يمكن أن توصف بالطبيعة اللاحقة (٤٩٩) .

والواقع أن فكرة الآثار التي يمكن أن ترتبها العقود الإدارية في مواجهة الغير إنما تستمد سندها من صلة العقد بالمرفق العام، وتحقيق الصالح العام، ولهذا خرجت العقود الإدارية عن دائرة القواعد المدنية، و يؤكد أستاذنا العميد الطماوى بأن الأسس والاعتبارات أدت إلى استمرار تقسيم الشروط التي ترد في العقود الإدارية إلى طائفتين، و ما يزال هذا التقسيم يحتفظ بقيمته من حيث معرفة آثار العقود بالنسبة إلى غير أطرافها وذلك من حيث الشروط التي لا تتصل بالمرفق العام، ويطلق عليها عادة اصطلاح " الشروط التعاقدية " وتقتصر آثار العقود على أطرافها في هذا الصدد وفق القواعد المدنية اللهم إلا إذا تضمنت تلك الشروط نصا صريحا يرتب حقا للغير وهنا تطبق نظرية الاشتراط لمصلحة الغير بشرط استيفاء أحكامها .

أما من حيث الشروط التي تتصل بتنظيم المرفق العام : ويطلق عليها اصطلاح " شروط للاحية " *clauses reglementaires* " فقد خرجت القواعد المنظمة للعقود الإدارية عن مثيلاتها في القانون الخاص بحسبان أن تنظيم المرفق، وتشغيله

(٤٩٩) دى لوبادير - مطوله في العقود - الجزء لثاني هامش ص ٨٧ .

بموجب عقد امتياز لا يعنى ذلك أن الإدارة قد تخلت عن واجبها الأصيل في تنظيم المرفق، لفرد من الأفراد، ويتعين إدراج هذه الشروط في العقد منذ البداية فيقدر المتعاقد سلفاً التزاماته على هداها ولا سلطان له على تلك الشروط، وخضوعها للتعديل بمعرفة الإدارة المانحة .

وتقول محكمة القضاء الإداري المصرية عن تلك الشروط أن " المتعاقد إذا قبلها أصبح في مركز تعاقدى شكلاً تنظيمي موضوعاً ، ومن هنا ينشأ عن العقود الإدارية مراكز خاصة تختلف تماماً عن تلك التي تنشأ في ظل العقود المدنية "

وقد لجأ الفقيه " دى لوبادير " إلى هذا التكييف في حالة عقود الامتياز ولكنه رفض فكرة الشروط اللاحقة في مجال العقود الإدارية الأخرى فاضطر إلى أن يلجأ إلى أكثر من سند لتبرير أثر العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير (٥٠٠)

ويرى أستاذنا العميد الطماوى " أنه لا محل لتمييز عقود الامتياز ، وأنه يجب التسليم بالطبيعة اللاحقة لكافة الشروط المتصلة بتسيير المرافق العامة المدرجة في العقود الإدارية الأخرى ، ومتى سلمنا بهذه الطبيعة اللاحقة صار إدراك ما ترتبه العقود الإدارية من آثار في مواجهة الغير في بعض الحالات مفهوماً ، ومرجعاً أن القرارات الإدارية إنما تعبر عن إرادة الإدارة وحدها ، ولا تحتاج إلى مصادقة الأفراد على ما ترتبه لهم من مزايا أو تفرضه من أعباء ، وهذا التكييف ينسجم مع الأحكام الأساسية للعقود الإدارية كما أنه يفسر أثر العقود الإدارية بالنسبة إلى الغير ، ويضع هذه الفكرة في نطاقها الطبيعي ويرسم حدودها المعقولة . "

والحقيقة أن أساس حقوق المنتفعين و الغير يرتد إلى الطبيعة الذاتية لعقد الامتياز لوثنى ارتباطه ودوام اتصاله بتسيير مرفق عام ، ولهذا فإن معظم نصوص هذا العقد لائحة بمتد أثرها إلى المنتفعين و الغير بصورة مباشرة ، ويجب على الملتزم تحقيق المساواة بينهم في ضوء ما يفرضه القانون من أحكام .

وقد نصت المادة ٦٠ مدني علي :-

" إذا كان ملتزم المرفق محتكراً له احتكراً قانونياً أو فعلياً ، وجب عليه أن يحقق المساواة التامة بين عملائه ، سواء في الخدمات العامة أو في تقاضي الأجور .

(٥٠٠) أ.د. الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٦٨٨ وما بعدها .

و لا تحول المساواة دون أن تكون هناك معاملة خاصة نطوي علي تخفيض
الأجور ، أو الإعفاء منها ، علي أن ينتفع بهذه المعاملة. من يطلب ذلك ممن تتوافر
فيه شروط يعينها الملتزم بوجه عام ، ولكن المساواة تُحَرِّم علي الملتزم أن يمنح
عملاءه ميزات يرفض منحها للآخرين .

و كل تمييز يمنح علي خلاف ما تقضي به الفقرة السابقة ، يوجب علي الملتزم
أن يعرض الضرر الذي يصيب الغير من جراء ما يترتب علي هذا التمييز من إخلال
بالتوازن الطبيعي في المنافسة المشروعة.

الباب الثالث

نفاية عقد الامتياز

الباب الثالث

لحاية عقد الامتياز

تمهيد وتقسيم :

ينتهي عقد الامتياز نهاية طبيعية بانتهااء مدته شأنه شأن سائر العقود الإدارية ، وقد ينتهي نهاية مبسرة قبل حلول الأجل المحدد له ، إعمالا لحق الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي الصالح العام ، ويتفق المشرع مع الفقه والقضاء في الحكم على ضرورة تحقيق موازنة بين اعتبارين أساسيين يتعلقان بإنهاء عقد الامتياز .

فمن ناحية يعتبر الامتياز طريقا من طرق إدارة المرافق العامة ، الأمر الذي يتمخض عنه زيادة في أحوال إنهاء عقد الامتياز قبل حلول أجله ، استنادا إلى السلطة التقديرية المخولة للإدارة في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسبا لتشغيل مرفق الامتياز وتسييره .

ومن ناحية ثانية فإن جسامه المبالغ التي تنفق في سبيل إعداد مرفق الامتياز وتشغيله . تستوجب حماية حقوق الملتزم حين ينتهي عقده قبل الأوان ، وهو لم يسترد بعد ما أنفقه فيه من أموال طائلة .

ويتجسد الهدف في التوفيق بين هذين الاعتبارين في كفتى ميزان ، لدي إجراء التصفية المالية لحقوق والتزامات طرفي الرابطة العقدية ، وفقا للقانون ومقتضيات العدالة وحسن النية في المعاملات .

وفي هذا المضمار - تدور المبادئ والأحكام العامة في خصوص معالجة الموضوعات المتعلقة بالنهاية الطبيعية والنهاية المبسرة ، وبالتصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام ، والامتياز بنظام الـ *B.O.T* ذلك الذي أصبح يحظى بأهمية بالغة مواكبا اتجاه الدول نحو الأخذ بنظام الاقتصاد الحر .

ويتلائم مع هذه الأمور في نطاق البحث ، ما تشكله النهاية المبسرة لعقد الامتياز من أضرار بالغة بالملتزم الحريص حين ينتهي عقده قبل الأوان ، ولما يسترد بعد ما أنفقه من مبالغ طائلة في سبيل إعداد مرفق الامتياز وتشغيله علي

أفضل نحو مما يقتضي والحال كذلك خضوع قرار الإدارة الصادر بإنهاء عقد الامتياز لرقابة القضاء للحكم بإلغائه والتعويض عنه إذا ما جاء مخالفا للقانون .

وترتيبا على ذلك تنقسم الدراسة في هذا الباب إلى فصول ثلاثة :

الفصل الأول

" النهاية الطبيعية لعقد الامتياز والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

الفصل الثاني

" النهاية المبسرة لعقد الامتياز والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

الفصل الثالث

" التصفية المالية لعقد الامتياز و الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* "

الفصل الأول

النهاية الطبيعية لعقد امتياز المرفق العام

تقسيم:

ينتمي "عقد الامتياز إلى طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن عنصرا جوهريا فيها فتحل النهاية الطبيعية للعقد بانقضاء المدة المحددة في وثيقته ، والمسلم في فرنسا ومصر تأقيت التزامات المرافق العامة بوضع حد أقصى لمدة العقد ، وكذلك حين يتفق الطرفان على تجديده أو مد المدة المتفق عليها ، ونتعرض لدراسة هذه الموضوعات في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول

" انتهاء مدة عقد الامتياز "

المبحث الثاني

" تجديد وامتداد عقد الامتياز "

المبحث الثالث

" انتهاء وتجديد وامتداد عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T "

المبحث الأول " انتهاء مدة عقد الامتياز "

يقصد بالمدة في عقد الامتياز : الفترة التي تمنح للملتزم لإدارة واستغلال المرفق العام ويعبر عنها بـ " مدة الاستغلال " وهي مدة طويلة نسبياً فلا يتصور أن ينعقد امتياز لبضع سنوات ، بل تتراوح مدته ما بين ٢٠ و ٩٩ عاماً. (٥٠١)

وقد كان الالتزام معمولاً به في مصر دون تشريع ينظمه بلغت مدته ٩٩ عاماً ، ثم تضمن دستور ١٩٢٣ نصاً صريحاً في المادة ١٢٣ على أن " كل التزام موضوعه استغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية في البلاد أو مصلحة من مصالح الجمهور وكل احتكار لا يجوز منحه إلا بقانون ، وإلى زمن محدود " .

وبتاريخ ١٩٤٧/٧/٢١ صدر القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بشأن التزامات المرافق العامة - فحدد مدة الامتياز بما لا يجاوز ثلاثين عاماً.

ثم أخيراً أصدر المشرع القوانين أرقام ١٠٠ ، ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ٢٢ لسنة ١٩٩٨ في شأن منح التزام المرافق العامة ، وحدد فيها مدة عقد الامتياز ألا تزيد على تسعة وتسعين عاماً .

وأحياناً قد يخلو العقد من تحديد المدة - وهو أمر نادر الوقوع - حينئذ لا مناص من اعتبار مدة عقد الامتياز في ظل القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ ثلاثين عاماً، أما العقود الخاضعة للقوانين الأخرى المشار إليها فتكون تسعة وتسعين عاماً.

هذا ولما كان الامتياز من طائفة العقود الزمنية التي يمثل الزمن عنصراً جوهرياً فيها فلا يمكن أن تكون المدة مؤبدة إذ أنه باتقضاء المدة المتفق عليها في العقد تحل النهاية الطبيعية لعقد الامتياز وينقضي العقد بقوة القانون وبالتالي يتحرر المتعاقد من التزام إدارة المرفق العام ذلك ما لم يتقرر تمديد العقد أو تجديده طبقاً لحكم القانون الذي يخضع له عقد الامتياز .

(٥٠١) اراجع في هذا الموضوع أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين في " أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام دراسة مقارنة " طبعة ١٩٩٥ ، الناشر النهضة العربية ص ٢٥ وما بعدها - وفي العقود الإدارية - المرجع السابق ص ١١٩ .

المبحث الثاني " تجديد وامتداد عقد الامتياز "

إن تحديد مدة عقد الامتياز بثلاثين عاماً أو ٩٩ عاماً كحد أقصى لا يمنع من تجديد العقد عند نهاية مدته كما يجوز مد المدة المتفق عليها إذا كانت تقل عن ثلاثين عاماً وذلك بالنسبة للعقود الخاضعة للقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ أو كانت تقل عن تسعة وتسعون عاماً فيما يخص العقود الخاضعة للقوانين الأخرى سالفه البيان. (٥٠٢)

وفي الحالتين يجب أن يصدر التجديد ، أو المد من جانب السلطة المختصة بإبرام العقد وذلك على التفصيل التالي :

أولاً : تجديد عقد الامتياز :

حدد القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ مدة عقد الامتياز بثلاثين عاماً، ولم يود في نصوص القانون ما يمنع التعاقد مرة أخرى مع ذات الملتزم بموجب عقد جديد إذا ما ثبت للإدارة أنه أصلح المتقدمين في أداء الخدمة المطلوبة .

ويحتوي عقد الامتياز أحياناً على شرط الأولوية عند التجديد " *Clause de Préférence* " أي شرط الأفضلية ، وهذا الشرط يعني أنه إذا ما رأت الإدارة عند نهاية العقد الأصلي الاستمرار في إدارة المرفق موضوع التعاقد عن طريق الالتزام- فإن الملتزم القديم يُفضل عند تساوي الشروط والظروف فيما بينه وبين المتقدمين الجدد للتعاقد " *A Conditions égales* " .

ويتعين على الإدارة احترام هذا الشرط لمشروعيتها واتفاقه مع اعتبارات العدالة ومقتضيات الصالح العام في أن يظل المرفق العام يسير بانتظام واطراد مع الملتزم القديم ، ولا تثريب على الإدارة في ذلك - فالأولوية للملتزم لسابقة خبرته في إدارة المرفق أما إذا لم يتساو مع المتنافسين الجدد فقدم بعضهم شروطاً أفضل منه حينئذ يكون الاختيار من بينهم وهنا لا يطبق شرط الأولوية عند تجديد العقد. (٥٠٣)

(٥٠٢) المرجع السابق ص ٢٩ وما بعدها.

(٥٠٣) أستاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر - المرجع السابق في العقود الإدارية ص ٣٠٤.

وفي حالة خلو العقد من شرط الأفضلية فإن اعتبارات العدالة ومقتضيات الصالح العام تحظى بالاعتبار والقبول من أجل إبرام العقد الجديد مع الملتزم القديم بسبب تميزه عن سائر المتقدمين، الجدد لسابقة خبرته في إدارة المرفق محل التعاقد - وبالتالي ترجح كفته في حالة تساوي الأوضاع بينه وبينهم في الميزان.

ثانياً : امتداد عقد الامتياز :

يجوز لطرفي عقد الامتياز الخاضع للقانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه أن يتفقا على مد المدة المتبقية في العقد الأصلي، وهنا يرد قيد أسامي على حرية الإدارة ، فهي لا تستطيع مد مدة الالتزام إلا إذا كانت مدة العقد الأصلي تقل عن ٣٠ عاماً ، أما إذا كانت المدة المحددة أصلاً ٣٠ عاماً فلا يجوز التمديد وإنما يجوز تجديد مدة العقد ، وحينئذ يتعين مراعاة أحكام التجديد.

المبحث الثالث

"انتهاء وتجديد وامتداد عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T."

بناء على القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ بشأن منح التزامات المرافق العامة أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨ بمنح التزام إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة ثلاثة مطارات بنظام امتياز الـ B.O.T. إلى ثلاث شركات مساهمة مصرية وفقاً للعقود الثلاثة المرفقة بهذه القرارات^(٥٠٤) على نحو ما يلي:-

العقد الأول أبرم مع "شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات ش.م.م"، وتنص الفقرة ٢ من البند (ج) من المادة (٣) "موضوع العقد": "يتعهد الملتزم بإدارة واستغلال المطار "٤٠ سنة" تدخل فيها فترة الإنشاء وفقاً للقواعد والشروط التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق رقم ٣١ ... وجاء بالفقرة ٢ من البند (د) من ذات المادة بأنه: "يجوز مد فترة الاستغلال بعد انتهائها من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه".

وجاء بالملحق ٣١-١: "الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بموافقة صاحب الامتياز استمرار الاتفاق لفترات إضافية بعد الفترة الأولى على أن تقوم الهيئة بإخطار صاحب الامتياز بنواياها لتجديد الاتفاق بمدة لا تقل عن ٣ سنوات قبل تاريخ انتهاء الاتفاق القائم أو تسليم المطار".

العقد الثاني أبرم مع شركة كاتو للاستثمار - ش.م.م .

العقد الثالث أبرم مع شركة دلتا جلف - ش.م.م.

فقد جاء بعجز المادة الأولى من قراري مجلس الوزراء رقمي ٣ و ٢ لسنة

١٩٩٨ المشار إليهما ما نصه :

" ولا يسري تجديد العقد سوى مرة واحدة لفترة أخرى تبلغ ٤٩ عاماً".

^{٥٠٤} صدرت قرارات مجلس الوزراء أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨ القرار رقم ١ في ١/٧/١٩٩٨ والقرارين ٣،٢ في

١٩٩٨/٩/٢ ونشرت بالوقائع المصرية ملحق الجريدة الرسمية العدد ٢٦٤٤، ٢٦٤٥، ٢٦٤٦ ب. على التوالي في يوم الخميس

٣٠ من رجب ١٤١٩ الموافق ١٩ من نوفمبر ١٩٩٨ لسنة ١٧١ هـ والمطارات الثلاثة هي: ١- مطار مرسى علم ،

٢- مطار العلمين ، ٣- مطار رأس سدر.

وجاء بالفقرة ١ بند (د) المادة الثالثة في العقدين ما نصه:

" مدة الالتزام خمسون عاماً شاملة فترة الإنشاء ، وتجدد لفترة أخرى تلقائياً ما لم يخطر أحد الطرفين الطرف الآخر برغبته في إنهاء الالتزام في حدود القوانين المنظمة لذلك".

هذا وتحل النهاية الطبيعية لعقود الامتياز الثلاثة الصادرة بنظام الـ *B.O.T.*

وينقضي العقد فيها بقوة القانون بنفاذ المدة المقررة بكل منها.

وبذلك يتم تمديد فترة الامتياز بأحد أسلوبيين:

الأسلوب الأول: بالنسبة للعقد الأول: يتم مد فترة الاستغلال لفترة إضافية (

تجديد العقد) بشرط قيام الطرف الأول (الإدارة) بإخطار الطرف الثاني بذلك قبل انتهاء الفترة الأولى بمدة لا تقل عن ثلاث سنوات ، وذلك من خلال عقد جديد يتم الاتفاق عليه في حينه.

الأسلوب الثاني: بالنسبة للعقدين الثاني والثالث : فالعقد يسري مرة واحدة

فقط تبلغ ٤٩ عاماً ، ويجدد تلقائياً ما لم يقر أحد الطرفين بإخطار الطرف الآخر برغبته في إنهاء عقد الالتزام في حدود القوانين والقواعد المنظمة لذلك .

وبهذه المثابة تتفق أحكام انتهاء وتجديد وامتداد عقد الامتياز بنظام الـ

B.O.T. مع القواعد والأحكام العامة السابق بيانها في هذا الفصل ، ويتميز أسلوب

التجديد والمد التلقائي بمرونة ، واختصار في الإجراءات بالنسبة للعقدين الثاني

والثالث ، وهو تطور محمود يعبر في وضوح عن تمسك الإدارة بتطبيق مبدأ

الاعتبار الشخصي في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

الفصل الثاني

" النهاية المبتسرة لعقد امتياز المرفق العام "

« La Fin Anticipé de La Concession de Service Public »

تقسيم:

قد ينتهي عقد الامتياز نهاية مبتسرة قبل نهاية المدة المحددة في العقد إما بطريق الاسترداد ، أو الفسخ ، أو الإسقاط وفي جميع الأحوال يخضع القرار الصادر بإنهاء العقد للرقابة القضائية ، ونعالج هذه الموضوعات في مباحث ثلاثة :

المبحث الأول

" استرداد الالتزام والفسخ "

المبحث الثاني

" إسقاط الالتزام "

المبحث الثالث

" رقابة القضاء على قرار إنهاء عقد الامتياز "

المبحث الأول

" استرداد الالتزام وفسخ العقد "

« *Le Rachat de La Concession et Le Résolution du Contrat* »

نتعرض لدراسة استرداد الالتزام ، وفسخ عقد الامتياز قبل حلول أجله المحدد سواء أكان الإنهاء بسبب خطأ الملتزم أو دون خطأ منه وذلك في مطالب ثلاثة على النحو التالي: (٥٠٥)

المطلب الأول

" الاسترداد في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T. "

المطلب الثاني

" حالات الاسترداد وصوره "

المطلب الثالث

" فسخ عقد الامتياز "

(٥٠٥) يراجع في خصوص هذا الموضوع مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد - أحكام انقضاء عقد امتياز المرفق العام ص ٣٥ وما بعدها وأ. د. /الطماوي في "الأسس العامة للعقود الإدارية المرجع السابق ص ٦٩٥ ورسالة الدكتور/محمد صلاح عبد البديع بعنوان "سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري" مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة الزقازيق عام ١٩٩٢ ص ٥٨٥ ورسالة أستاذنا الدكتور ثروت بدوي عن فعل الأمير في العقود الإدارية في القانون الفرنسي والمصري باريس ١٩٥٤ ص ١٢١. يراجع مطول الفقيه جيز في العقود الجزء الأول ص ٢٣١ والجزء الثالث ص ١٢٠٥ وما بعدها كما يراجع الفقيه ونار في القانون الإداري الطبعة الرابعة ص ٧٦٣، وأيضاً مطول دى لوبادير في العقود المرجع السابق ص ١٨٦ وتراجع رسالة *Leconite* بعنوان "Le ratchet Des concessions"

المطلب الأول

" الاسترداد في عقد الامتياز وامتنياز الـ B.O.T "

نتناول في فروع ثلاثة تعريف الاسترداد في عقد الامتياز وأهميته العملية، والتكيف القانوني للاسترداد وتمييزه عن غيره من الأفكار القانونية المشابهة ، وبيان الطبيعة القانونية للاسترداد وما يترتب عليه من نتائج:

الفرع الأول

" تعريف الاسترداد وأهميته العملية "

الفرع الثاني

" التكيف القانوني للاسترداد وتمييزه عن الأفكار القانونية المشابهة "

الفرع الثالث

" الطبيعة القانونية للاسترداد وما يترتب عليه من نتائج "

الفرع الأول " تعريف الاسترداد وأهميته العملية "

أولاً : تعريف الاسترداد : عرفه الفقيه " Lecomte " بأنه " طريق استثنائي لإنهاء الالتزام قبل انقضاء مدته " .

ويتم الاسترداد وفقاً لهذا التعريف بموجب قرار يصدر من الإدارة لمصلحة المرفق العام ذلك عندما يبدو مناسباً لها ألا تنتظر انقضاء الالتزام لاستعادة المرفق وإدارته بالطريق المباشر ، ولا يتطلب هذا الإجراء اتفاقاً مع الملتزم فالقرار في هذه الحالة أمر تقديري شرطه أن تحدد الإدارة ما إذا كان هناك سبب يبرر الاسترداد حتى لا يكون قرارها مشوباً بإساءة استعمال السلطة والانحراف بها . (٥٠٦)

ويعرفه الفقيه " دي لوبادير " بأنه " إجراء منفرد صادر من الجهة الإدارية الماتحة أثناء تنفيذ الالتزام بغرض إنهائه قبل انقضاء مدته العادية مقابل دفع تعويض للملتزم " .

ويستخلص من ذلك أمران أساسيان :

الأمر الأول : أن استرداد الالتزام إجراء صادر من جانب الإدارة الماتحة وحدها ، فأوضاع الاسترداد غالباً ما ينظمها عقد الامتياز ويطلق عليه في هذه الحالة " الاسترداد التعاقدي " .

الأمر الثاني : أن الاسترداد يختلف عن حالات انتهاء العقد بناء على طلب الملتزم ،، أو بقوة القانون نتيجة القوة القاهرة ،، أو لانتهاء مدته ،، أو انتهائه بالفسخ القضائي ،، أو إسقاط الالتزام للأخطاء الجسيمة التي ارتكبها الملتزم .

(٥٠٦) -راجع رسالة Lecomte في تعريف الاسترداد ص ١٤، ١٥ باريس ١٩٤٢ - حيث يذكر في هذا الشأن ما يلي :-

« Certains estiment qu'elle s'analyse ennuie expropriation du concessionnaire pour cause d'utilité publique " Non seulement le régime juridique du rachat est absolument étranger à celui de l'expropriation ,mais encore on ne peut même pas dire que le rachat se ramène à un transfert de propriété immobilière car il ne porte pas seulement sur des immeubles et ceux sur lesquels il porte ne sont pas tous la propriété du concessionnaire » .

يستهدف القانون في مجال الاسترداد الموازنة بين اعتبارين أساسيين يتصلان بطبيعة عقد امتياز المرفق العام :

الاعتبار الأول : أن للإدارة مائدة الامتياز الحق في إنهاء العقد وإدارة المرفق بالأسلوب المباشر إذا ما ارتأت لذلك أسباباً ضرورية لحسن سير المرفق العام وكفالة أداء خدماته بما يحقق المصلحة العامة.

الاعتبار الثاني : أن عقود الامتياز تتطلب تخصيص استثمارات مالية كبيرة لإنشاء وتشغيل المرفق العام وإدارته ، وهذه العقود بحكم طبيعتها طويلة المدة ليتمكن الملتزم خلالها من تعويض النفقات التي تكبدها في سبيل ذلك ،،، ولهذا يكون إيجاد قدر من التوازن في المصالح بين طرفي عقد الامتياز أمراً لازماً.

وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن صالح الملتزم وقد تكبد نفقات كبيرة في عمليات الإنشاء والتشغيل ، أمر يستوجب الحماية بتقرير الضمانات الفعالة لمواجهة أي استرداد يطرأ قبل الأوان ،،، ويتمثل ذلك في منح الملتزم تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسائر وما فاتته من كسب ، ويحق للملتزم أن يطلب من قاضي العقد إلغاء قرار الاسترداد في حالة عدم مشروعيته ، وكذلك إذا لم يستند القرار إلى أسباب جادة مستوحاة من المصلحة العامة . (٥٠٧)

وقضت المحكمة الإدارية العليا : " أن الإدارة في ممارستها لسلطة تعديل العقد أو إنهائه إنما تستعمل حقاً ، وهذه السلطة لا تستمد من الإدارة من نصوص العقد بل من النظام العام لسير المرافق العامة والتي تحكم كفالة حسن سيرها وانتظامها في أداء خدماتها بما يحقق المصلحة العامة".

وللإدارة التحلل من تعاقدها وإعمال سلطتها في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر ،،، والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر و يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت المضرور والكسب الذي فاتته . (٥٠٨)

(٥٠٧) الدكتور /صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ٥٩٤ .

(٥٠٨) الطعن رقم ٣٩٨٦ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٩٢/١١/١٥ ، والطعن رقم ٢/١٥٢٠ ق جلسة ١٩٥٧/٤/٢٠ .

وإن سلطة الإدارة في إنهاء العقود الإدارية ليست مطلقة، ولكنها سلطة تقديرية تستهدف تحقيق المصلحة العامة فإذا ثبت للقضاء أن قرار الإنهاء لا يقوم على سبب مشروع فإنه يملك إلغاء القرار". (٥٠٩)

الفرع الثاني

" التكييف القانوني للاسترداد و تمييزه عن الأفكار القانونية المشابهة "

اختلف الفقه الفرنسي حول التكييف القانوني لاسترداد الالتزام على نحو ما يلي::
يرى الفقيه " Colson " بأنه من قبيل نزاع الملكية للمنفعة العامة " ، وقد صادف هذا الرأي قبولاً من جانب الفقيه جيز والفقيه بونار ،،، وانتقده آخرون بحجة اختلاف النظام القانوني لكل من الإجراءين ، فالاسترداد ينصب على منقولات وأموال ليست مملوكة للملتزم .^(٥١٠) ويرى الفقيه "دى لوبادير" بأن الاسترداد ليس إلا مجرد فسخ لعقد الامتياز استعمالاً من الإدارة لحقها في إنهاء العقود الإدارية ، ودون خطأ من المتعاقد وذلك لدواعي الصالح العام^(٥١١).

واعتبر الفقيه " Monsarrat " ^(٥١٢) أن عملية الاسترداد هي بمثابة بيع حقيقي بعوض وتخضع بالتالي لرسوم التسجيل ،،، وقد تعرض هذا الرأي للنقد فالاسترداد يعطي للملتزم الحق في الحصول على تعويض موازٍ للأضرار التي لحقت به نتيجة التوقف عن نشاطه قبل الأوان ، وليس هذا الحق ثمناً لشيء مباع.

وذهب الفقيه " Lecomte " إلى أن نزاع الملكية يكون بغرض نقل الملكية من المنزوع ملكيته إلى المنزوع إليه الملكية - في حين أنه في مجال الالتزام فإن حق متاح الالتزام في ملكية المرفق لم ينقطع ولم يتوقف مطلقاً لأن الملتزم ليس مالكا للمرفق الذي يتولى مهمة استغلاله.^(٥١٣)

وأضاف " Lecomte " أن الاسترداد لا يكون بحسب طبيعته نقلاً للملكية، ولكنه إنهاء للعقد حيث ينهي الاسترداد مركزاً قانونياً (الالتزام) في حين أن التنازل عن

^(٥١٠) أنظر الفقيه "Colson" في مؤلفه *Couro d' economie* ص ٤٢٠

^(٥١١) دى لوبادير المرجع السابق ص ١٨٧ ، ١٨٨ - الجزء الثالث.

^(٥١٢) أنظر رسالة الفقيه *Monsarrat Concessions des communes, publications administratives Paris, 1948 P.132*.

وذكر أن عملية الاسترداد هي بمثابة بيع حقيقي بعوض وتخضع

بالتالي لرسوم التسجيل مستندا في رأيه إلى حكمين بحكمة النقض الفرنسية .نقض مدني بتاريخ ١٧ يولييه ١٩٠٥ ،

وبتاريخ ١٩ ديسمبر ١٩٠٩ كما تراجع رسالة الدكتور /صلاح عبد البديع هامش ص ٦٠٢ . ص ٧٨ وما بعدها

^(٥١٣) أنظر رسالة الفقيه *Lecomte* المرجع السابق ص ٧٦.

الملكية يكون بقصد نقلها لمصلحة شخص آخر ، كما أن الاسترداد لا يعتبر بيعاً إذ لا يشترط فيه دفع ثمن إنما يستوجب الاسترداد دفع تعويض، يكون مقداره أعلى بكثير من ثمن التنازل عن الملكية وذلك بسبب الطابع التعويضي.

وفيما يتعلق بالاسترداد التعااقدي والفسخ الاتفاقي : فإن أوضاع الاسترداد التعااقدي تتحدد وفق الشروط المنصوص عليها سلفاً في وثيقة الامتياز أما "الفسخ الاتفاقي" المسمى بالاسترداد الودي فيتم باتفاق طرفي العقد أثناء تنفيذه لإنهاء الالتزام قبل انتهاء مدته مقابل دفع تعويض للمتأزم ولهذا تختلف شروط وأوضاع الاسترداد في الحالتين.

ومن ناحية أخرى تهيم نظرية المصلحة العامة على فكرة استرداد المرفق قبل نهاية مدته الطبيعية - حيث يصدر الاسترداد بإجراء منفرد من الجهة مانحة الالتزام وفقاً لسلطانها التقديرية في ضوء متطلبات الصالح العام - بينما يستلزم الاسترداد الودي "الفسخ" موافقة طرفي العقد والرغبة المشتركة في تسوية المشاكل المتعلقة بالنهاية المبسرة لعقد الامتياز بغير تعويض ، حينما يبادر المتأزم إلى طلب فسخ العقد من الجهة المانحة.

وخلاصة القول أن استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام كما يجمع الفقهاء ليس إلا تطبيقاً خاصاً لسلطة الإدارة في إنهاء عقد الامتياز بإرادتها المنفردة ، وهذه من القواعد العامة التي تنطبق بطبيعة الحال على عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. (٥١٤)

^(٥١٤) يراجع لي هذا الصدد مؤلف أستاذنا الدكتور / محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص ٤١ وما بعدها.

الفرع الثالث

" الطبيعة القانونية للاسترداد وما يترتب عليه من نتائج "

إن استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام هو إجراء لصيق بالنظام العام ويترتب على ذلك النتائج الآتية:-

(١) أن سلطة الإدارة في إجراء تعديل الامتياز مستمدة من طبيعة المرفق واتصاله الوثيق بالنظام العام ، ولذلك يعد الاسترداد قراراً كاشفاً ومقررراً للحق وليس منشئاً لحق جديد .

(٢) أنه إذا تنازلت الإدارة عن حق الاسترداد ، أو قيدت نفسها بعدم ممارسة سلطتها في الاسترداد خلال مدة معينة فإن قرارها يقع باطلاً . (٥١٥)

(٣) أنه يمكن تنظيم أحكام الاسترداد وتحديد أوضاعه بنصوص واضحة في وثيقة الامتياز .

(٤) أنه لا يجوز للملتزم أن يتمسك بفكرة الحق المكتسب باستغلال المرفق طوال المدة المتفق عليها بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين وذلك مما يدخل ضمن الشروط التعاقدية المنصوص عليها في وثيقة الامتياز .

(٥) يحق للملتزم أن يطلب من قاضي العقد الحكم بإلغاء القرار الصادر بالاسترداد إذا ما صدر مخالفاً للقانون أو كان مشوباً بعيب يبطله وللقاضي الحكم بتعويض الملتزم جبراً لما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة حرمانه من استغلال المرفق خلال مدة الحظر فضلاً عن المدة الباقية من العقد .

(٥٥) (تعني مدة الحظر : " المدة المتفق عليها في وثيقة الامتياز حيث يتمتع على الإدارة القيام باسترداد المرفق خلالها "

المطلب الثاني

"حالات الاسترداد"

يتخذ الاسترداد في الواقع العملي صوراً ثلاث: الاسترداد التعااقدي،،،
الاسترداد غير التعااقدي ،،، الاسترداد التشريعي ، و نتعرض لهذه الصور بالدراسة
على التوالي في فروع ثلاثة:

الفرع الأول

" الاسترداد التعااقدي " « Le Rachat Contractuel »

الفرع الثاني

" الاسترداد غير التعااقدي " « La Rachat Non-Contractuel »

الفرع الثالث

"الاسترداد التشريعي" « La Rachat Legal »

الفرع الأول " الاسترداد التعاقدى " « Le Rachat Contractuel »

الاسترداد التعاقدى:

هو اتفاق ملزم ينظم العقد شروطه ويحدد أوضاعه ، وعلى القاضي التقيد بقواعده وأحكامه على ألا يكون من بينها ما يقضى بتنازل الإدارة عن حقها فى الاسترداد .

وقد قن المشرع المصرى الاسترداد التعاقدى فى المادة الرابعة من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة بأنه يجب أن تحدد وثيقة الالتزام شروط وأوضاع استرداده قبل نهاية مدته .

وبلاحظ أن القوانين أرقام ١٠٠، ٢٢٩ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧ - ٢٢ لسنة ١٩٩٨ قد تضمنت حكما يقضى بعدم التقيد بأحكام القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ المشار إليه ، وفى هذا الصدد لم تتضمن هذه القوانين حكما يحدد شروط وأوضاع استرداد الالتزام قبل نهاية مدته كما خلت وثائق العقود الصادرة بنظام الـ B.O.T من أية شروط وأحكام تتعلق بالاسترداد التعاقدى .

ويجري قضاء مجلس الدولة الفرنسى على أهمية التحقق من توافر شروط معينة لممارسة الاسترداد التعاقدى وهى:

(١) إذا ورد نص فى العقد يحدد شروط الاسترداد التعاقدى وأوضاعه وانقضت المدة وتجدد العقد مع ذات الملتزم ثم جاء خلوا من أية شروط فلا يمكن تطبيق ما ورد فى العقد السابق من نصوص على العقد الجديد .

(٢) أن حق الاسترداد التعاقدى أمر تختص به السلطة المانحة ويتعين التنبيه على الملتزم قبل استعمال حق الاسترداد بمدة معينة إذا ما تضمن العقد شرطاً يقضى بذلك .

(٣) أنه يتعين الالتزام بما يتضمنه العقد من أسباب تتصل بالمصلحة العامة لممارسة الاسترداد ، فإذا ما لجأت الإدارة إلى استرداد المرفق لمجرد تحقيق أغراض مالية ، فإن قرارها على هذا النحو يكون مشوباً بعيب الانحراف وإساءة استخدام السلطة ،

وبذلك إذا خالفت الإدارة الشروط المنصوص عليها في العقد - فإن القاضي يملك

إلغاء القرار الصادر بالاسترداد والحكم عليها بالتعويض .

وبصفة عامة لا تستطيع الإدارة أن تلجأ إلى الاسترداد التعااقدي إلا لأسباب

تتعلق بالمصلحة العامة ، وهذا شرط عام يهيمن على جميع تصرفات الإدارة . (٥١٦)

(٥١٦) فقد ترى السلطة مانحة الامتياز إحلال طريقة جديدة لإدارة المرفق العام كطريق الإدارة المباشرة *La gestion en régie* أو طريق الاقتصاد المختلط *société d'économie mixte* بدلاً من أسلوب الالتزام . حيث تلجأ الإدارة إلى إسناد المرفق العام إلى مؤسسة عامة محلية بدون قصد الربح - ومن الأسباب التي تبرر أيضاً الاسترداد تغير المركز الاقتصادي وعدم الكفاءة الفنية للملتزم وضعف إيراداته المالية المترتبة على استغلال الالتزام . ويراجع مؤلف الفقيه *Colson* المرجع السابق ص ٤٢٠ و الفقيه جيز ، المرجع السابق ص ١٢٠٨ * هذا ولا يعد سبباً مشروعاً يبرر قرار الاسترداد استناد السلطة مانحة الالتزام في قرارها على مشروع قانون لم يصدر بعد . فإذا كانت السلطة مانحة الالتزام تستطيع طبقاً للقواعد العامة أن تنهي عقد الالتزام من جانب واحد من أجل المصلحة العامة ، فإن هذه الأسباب يجب أن توجد بصفة مؤكدة في تاريخ صدور قرار إنهاء العقد . يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢ فبراير ١٩٨٧ في قضية الشركة صاحبة امتياز القناة السادسة بالتلفزيون الفرنسي ، المجموعة ص ٢٩ حيث قضى المجلس في هذا الحكم بإلغاء الرسوم الصادر من الحكومة الفرنسية بالإلغاء المنفرد لعقد الامتياز المبرم مع الشركة وذلك لاستناد هذا المرسوم على مشروع قانون لم يتم إقراره و التصديق عليه في تاريخ صدور هذا المرسوم . * انظر مطول الفقيه "دى لوبساديير" في العقود ، المرجع السابق الجزء الثالث ، ص ١٩٢ ، وأيضاً مطول "جيز" في العقود المرجع السابق الجزء الثالث ص ١٢٠٧ ، وبشور التساؤل حول مدى رقابة القاضي على أسباب المصلحة العامة التي تبرر إنهاء عقد الامتياز عن طريق الاسترداد . فهل تقتصر رقابة القاضي على التحقق من وجود الأسباب بمعنى أن تقتصر الرقابة على المشروعية أم أنها تصل إلى تقدير ملائمة تلك الأسباب بمعنى تقدير ما إذا كان عقد الامتياز يعتبر بالفعل غير مفيد للمرفق العام أو يجب إدارته عن طريق آخر - ويقرر الفقه وبحق في مقام الإجابة على هذا التساؤل أن رقابة القاضي تقتصر على عنصر المشروعية فقط دون الملائمة حيث يستطيع القاضي التحقق من وجود سبب المصلحة العامة الذي تدعيه الإدارة لتبرير الاسترداد . دون أن يحق له أن يبحث عن مدى ملائمة هذا السبب لإلغاء العقد عن طريق الاسترداد أي مدى كفاية هذا السبب . ويرجع ذلك إلى أن الإدارة وحدها هي التي تسقط بتقدير مدى فائدة إنهاء العقد عن طريق الاسترداد للصالح العام ولصالح المرفق العام . فالقاضي يمارس في مواجهة قرار الإدارة باسترداد الامتياز رقابة ضيقة ومقبولة لأنه من ناحية لا يحق له أن يحل محل الإدارة في تحديد ماهية التنظيم الجديد للمرفق العام محل الالتزام الذي تم استرداده ، ومن ناحية أخرى فإنه ليس من المستحب أن يفرض على الإدارة لمدة طويلة (مدة عقد الامتياز) شريكاً لم تعد ترغب فيه لأسباب موضوعية . تراجع في هذا الصدد تعليقات الأستاذين « Boisdeffre » « Azibert » على حكمي مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢ فبراير ١٩٨٧ في قضية « Ste France 5 » « Ste T.v 6 » et « Autres » والمنشور بمجلة A.J.D.A لعام ١٩٨٧ ص ٣٢١ كما تراجع رسالة الدكتور صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ٦٤٠ . ومطول دى لوباديير في العقود ، الجزء الثالث ، المرجع السابق ص ١٩٣ ، ١٩٤ ، ويراجع مؤلف أستاذنا الدكتور الطماوى في العقود ، المرجع السابق ص ٧٢٧ . وأنظر مؤلف أستاذنا الدكتور / محمد سعيد حسين أمين في أحكام الانقضاء ص ٥٢ .

النج الاسترداد التعاقدى :

يترتب على قيام الإدارة باسترداد الامتياز التزام التعاقد برد الأرباح التي يحققها بعد تاريخ الاسترداد، والأصل أن يتناول الاسترداد المرفق بأجمعه، لكن الإدارة تستطيع قصر الاسترداد على جانب منه إذا ما تضمن العقد نصاً صريحاً يقضى بذلك .

واستخلاصاً من أحكام القضاء الفرنسي يجب على الإدارة التقيد بالنص الوارد في العقد ، ولكنها تستطيع التحلل من التزامات التعاقد في مواجهة الغير إذا ثبت أنها لا تتفق مع التفسير المعقول لنصوص العقد وعند خلو العقد من تنظيم هذا الأمر فإن الإدارة تتحمل الالتزامات التي تقتضيها إدارة المرفق شريطة أن تكون الإدارة قد علمت بهذه الالتزامات ولم تعرض عليها خاصة وأن لها عين رقيب على أعمال المرفق وحساباته ولها حق المراجعة والاعتراض . (٥١٧)

أما بالنسبة لموقف مجلس الدولة المصري في هذا الصدد فقد أفتت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بأنه لا يترتب على استرداد المرفق العام اعتبار الإدارة خلفاً للملتزم ، ومن ثم فلا تسري عليها العقود التي سبق أن أبرمت بين الملتزم وعماله - بل ينشأ بينها وبين العمال و غيرهم علاقات جديدة .

كما قضت محكمة النقض بذات المبدأ: بأن مؤسسة النقل العام لمدينة القاهرة لا تعتبر خلفاً للملتزمين السابقين ، ومن ثم فهي لا تكون مسئولة عن أداء المبالغ المستحقة على هؤلاء الملتزمين بسبب عقود الالتزام . (٥١٨)

وتقول الدكتورة سعاد الشرقاوي أن تطبيق ذلك المبدأ على عمال المرفق محل الاسترداد، سوف يلحق بهم الأضرار خاصة إذا كان الملتزم أجنبياً ، وكانت أمواله موجودة في الخارج، ويصعب على هؤلاء العمال أن ينالوا حقوقهم بالتنفيذ عليها في

(٥١٧) لارن الدكتور الطماوى - مبادئ القانون الإداري - نظرية المرفق العام وعمال الإدارة العامة ١٩٧٩ - دار الفكر العربي ص ١٠٨ حيث يقول : " فإذا ما استردت الإدارة الالتزام فإنها تحل محل الملتزم في كل ما يتعلق بالمرفق كديونه والتزاماته قبل عماله . "

(٥١٨) جلستها المنعقدة في ٣ مايو ١٩٥٧ الطعن رقم ١٤٨ لسنة ٢٣ قضائية (نقض ١٢٥ لسنة ٢٧ ق ، ٢١٢ لسنة ٢٩ ق). وانظر فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري في ١٢/١/١٩٥٩ مجموعة المستشار احمد سمير أبو شادي و عشر سنوات من يناير ١٩٦٠ إلى يناير ١٩٧٠ الجزء الثالث ص ٢٥٥٨، ٢٥٥٩.

الخارج ، ومن المستحسن أن تقوم الدولة بأداء حقوق عمال المرفق محل الاسترداد، على أن تقوم هي بالرجوع على الملتزم في الخارج.

وهذا الوفاء يرتكز من جانب الدولة على أساسين : أولهما : أن العمال المذكورين حين يقاضون الملتزم فإنهم يختصمون جهة الإدارة التي قامت باسترداد المرفق ليصدر الحكم في مواجهتها ، ومن هنا تستطيع الإدارة أن تقوم بالوفاء للعمال على أن ترجع على الملتزم فيما بعد وثانيهما : أن نص المادة السابعة من دستور ١٩٧١ يقرر قيام المجتمع المصري على التضامن الاجتماعي .

وفي مقام التعليق على الفتاوى والأحكام " يؤيد أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين موقف الفقه المصري الرافض للاتجاه بأن تظل حقوق العاملين تجاه الملتزم عالقة بذمته ويسأل عنها وحده، وبالتالي تبرأ ذمة السلطة ماثحة الالتزام من حقوق هؤلاء العاملين" .

ورجوعاً إلى الحق فقد عدل مجلس الدولة على رأيه المشار إليه بالقول : " لا يتفق مع مبدأ التضامن الاجتماعي المقرر بالمادة ٧٠ من الدستور أن تضيع حقوق العاملين بسبب تغرر رجوعهم على الشركة للتنفيذ على أموالها بالخارج، وهو أمر تقصر عنه طاقة هؤلاء جميعاً وهذا المبدأ يقتضي استصدار قانون تتولى الدولة بموجبه أداء هذه المبالغ على أن ترجع بها على الشركة " .

ونري سداد حقوق العاملين بالمرفق خصماً من حساب التعويض المستحق للملتزم ، خاصة وأن الأحكام متواترة على أحقية الملتزم في الحصول على تعويض كامل يشمل ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب - نتيجة لإنهاء عقده نهاية مبتسرة - هذا مع ضرورة معالجة هذا الأمر في نصوص عقود الامتياز مستقبلاً عن طريق إجراء مخصصات في موازنة المرفق تكفل سداد مستحقات العاملين في نهاية مدة عقد الامتياز ، عند انقضائه قبل الأوان ، وهذا الإجراء يتفق ومقتضيات العدالة وما توجبه اعتبارات حسن النية في مجال تنفيذ العقود الإدارية بوجه عام وامتياز المرفق العام بوجه خاص نظراً لطول مدته .

تتضمن عقود الامتياز أو كراسات الشروط أسلوبين لسداد التعويض للمتعاقد في حالة الاسترداد إما بدفع إجمالي التعويض *Indemnité en capital* أو سداده على أقساط سنوية لمدة محددة *Indemnisation par annuités* وكثيراً ما تجمع عقود الامتياز بين الأسلوبين.

الأسلوب الأول وهو التعويض الإجمالي:

ويشتمل على عنصرين : أولهما: عبارة عن النفقات الرأسمالية والمصروفات التي أنفقها الملتزم من أجل تجهيز المرفق وإعداده وفقاً للأسس المتفق عليها في عقد الامتياز، والوفاء بقيمة الأسهم والسندات و الالتزامات المستحقة للغير ، ويطلق عليها بالفرنسية اصطلاح تعويض الاستهلاك بالإضافة إلى كافة النفقات التي قام بها الملتزم لتوفير المعدات والأدوات والمنشآت والمواد الخام ، وما أنفقه لتأمين وضمان تنفيذ المرفق لنشاطه في أفضل الأوضاع الممكنة خلال فترة الاستغلال ، وعلى هذا يتم تقدير التعويض لهذا العنصر، وبمراعاة ما يتم إستهلاكه

(٥١٩) أنظر أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص ٦٢ وما بعدها، ويراجع رسالة الدكتور صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ٦٦٦ كما يراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٥ يوليو ١٩٣٩ في قضية

Cie enerale declirage de Bordeaux « IL convient de rechercher pour chaque catégorie de dépenses si elles ont été faites dans l'intérêt de la concession et si elles ont pour but d'assurer du service concédé »

مطول دي لوبادير . المرجع السابق ١٩٦ . وأيضاً الدكتور /صلاح عبد البديع . المرجع السابق ص ٦٧١ _تراجع في هذا الصدد رسالة Coudeville بعنوان مساهمة في النظرية العامة للمرفق المحلي « *Contribution à la théorie générale du service public communal these` Bordeaux 1976* » مطول دي لوبادير .

المرجع السابق ص ١٩٨ . ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد يراجع حكمة بتاريخ ٢٠ مايو ١٩٥٢ في قضية *G eliez* المجموعة ص ٢٦٨ . وحكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩ مايو ١٩٢٦ في قضية *Départ*

de la Vendée المجموعة ص ٥٠٠ وحكمه في ١١ يوليو ١٩١٣ في قضية *Cie des chemin de fer* « *du sud* » المجموعة ص ٨٣٦ . كما يراجع مطول الفقيه جيز ، المرجع السابق ، ص ١٢٣٢ . ومطول دي لوبادير

المرجع السابق ص ١٩٩ . وأيضاً رسالة الدكتور /صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ٦٧٣ . يراجع في هذا الشأن حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٣١ أكتوبر ١٩٨٠ في قضية « *Ministre de l'équipement* » المجموعة

ص ٣٩٩ . يراجع في هذا الصدد الفقيه ديلفلوفيه مقالته عن المسؤولية التعاقدية *Responsabilité contractuelle* والنشور في « *Répertoire de la responsabilité de puissance* »

« *Répertoire de la responsabilité de puissance* » *publique Dalloz 1987 NO 396-398* وتراجع رسالة الدكتور /صلاح عبد البديع ص ٦٧٤ .

عادة عند انتهاء مدة العقد وانتقال ملكية المرفق إلى مائح الالتزام ، وثانيهما ما فقده الملتزم من أرباح نتيجة لاسترداد مرفق الامتياز قبل ميعاده الطبيعي *l'indemnité Industrielle* - بمعنى تعويض الملتزم عن الكسب المفقود *Le Bénéfice Manque* و يتم تقدير هذا العنصر وفقاً لمتوسط الأرباح الصافية *La Moyenne des Bénéfices Nets* المتحققة خلال عدد معين من السنوات السابقة على الاسترداد، ويدخل في هذا العنصر الأعباء غير التعاقدية المترتبة على نظرية الظروف الطارئة « *Des Charges Extra Contractuelles* »

الأسلوب الثاني وهو التعويض في صورة أقساط سنوية :

عندما ينص العقد على سداد التعويض عن طريق أقساط سنوية ، يتم دفع الأقساط حتى التاريخ المنصوص عليه في العقد أو في كراسة الشروط ، ويشتمل هذا الأسلوب على عنصرين أولهما : التعويض عن أموال الملتزم المنقولة التي يجب أن تشتريها الجهة مائحة الامتياز والتي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتصل باستغلال المرفق « *Les Beins de Reprises* » ، وثانيهما : التعويض عما فات الملتزم من كسب نتيجة استرداد الالتزام قبل مواعده الطبيعي بما يسمح له بعد الاسترداد الاستمرار في التمتع بما يقابل الأرباح السنوية ، وكذلك الأرباح المحتملة التي كان يمكن أن يجنيها الملتزم أو يحققها النمو العادي لاستغلال الالتزام لو لم يتم استرداد المرفق قبل نهاية مدته.

وغني عن البيان أن تحديد التعويض لمختلف هذه العناصر هو من شئون الخبرات الفنية والمحاسبية وقد أقر القضاء في فرنسا ومصر إمكانية اللجوء إلى نظام الخبرة في هذا المجال.

الفرع الثاني " الاسترداد غير التعاقدى "

الاسترداد غير التعاقدى^(٥٢٠) : وهو الاسترداد الذي تقرره الجهة المانحة بإرادتها المنفردة أثناء تنفيذ عقد الالتزام دون وجود تنظيم سابق لأوضاعه في وثيقة الامتياز ، وكذلك عندما يتم الاسترداد خلال المدة المحظور فيها مباشرته طبقا لنصوص العقد ، وبعد الاسترداد على هذا النحو تطبيقا لسلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة و في هذا النطاق نواجه فرضين : الأول : حالة سكوت العقد عن تنظيمه ، والثاني : أن يتم الاسترداد خلال الفترة المحظور فيها ممارسته طبقا للعقد.

وينقسم رأي الفقه الفرنسي حول حق الاسترداد غير التعاقدى إلى فريقين : الفريق الأول : ^(٥٢١) ويمثل رأي الأقلية - ينكر حق الإدارة في إجراء الاسترداد غير التعاقدى ، فالملتزم له حق مكتسب قانونا في استغلال المرفق حتى انتهاء مدة

^(٥٢٠) يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور / محمد سعيد حسين أمين في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص ٧١ وما بعدها ورسالة الدكتور/صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ٦٧٧ وما بعدها وأستاذنا الدكتور/الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٧٢٥ وما بعدها. * أطلق الفقيه الفرنسي مسميات مختلفة على الاسترداد غير التعاقدى ، حيث وصفه البعض بالاسترداد الجبرى *Le rachat forcé* (يراجع مؤلف الفقيهين فيدل وديلفولفيه في القانون الإداري الطبعة العاشرة ١٩٨٨ ص ١٥٥) ، في حين وصفه البعض بالاسترداد التنظيمي *Le rachat réglementaire* يراجع مؤلف الفقيه بونار في القانون الإداري ، المرجع السابق ص ٧٦٤. وبعض النظر عن المسميات المختلفة لحق الإدارة في هذه الصورة من صور استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام ، فهي تعبر عن الاسترداد الذي يتم خارج التنظيم التعاقدى.

^(٥٢١) من أنصار هذا الاتجاه يراجع على سبيل المثال الفقيه *Monsarrat* مؤلفه بعنوان *Concessions de communes* المرجع السابق ص ١٣١، ٣٩ وما بعدها والفقيه *Hervouet* في رسالته بعنوان : *La détermination de l'indemnité de rachat des concessions de service public* . « *Rennes 1945* ص ١٨، ١١ و في الفقه الفرنسي الحديث تراجع رسالة الفقيه « *Bettinger* » بعنوان :

« *L'évolution de la concession ,Paris III 1975* وأيضاً مؤلف الفقيه *Madiot* بعنوان : *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral recherches sur la d'exploitation nation d'act mixte en droit public français Paris 1971 P. 167* » . « *20551. J.C.P. 1986. parc de stationnement de la gare routière* ، حيث ذهب إذا كان

إسقاط الالتزام لا يمكن أن يصدر من جانب واحد من السلطة مانحة الالتزام ويصدر من القاضي بناء على طلبها فإن استرداد الالتزام لا يمكن أن يتم من جانب مانح الامتياز إلا إذا كان منصوحا عليه وطبقا للأوضاع المحددة في العقد

الالتزام نظرا للاستثمارات المالية الكبيرة التي أنفقها مما يقتضي والحال كذلك أن يحظى بضمان الاستقرار والثبات، ويتخذ هذا الفريق من موقف مجلس الدولة الفرنسي سندا يؤيد رأيه ذلك أن المجلس لم يصدر أحكاما في هذا الصدد، ويعترض الفقيه "دي لوبادير" على ذلك بالقول "أن عدم صدور أحكام بهذا الخصوص، ليس لأن المجلس ينكر هذا الحق، وإنما يرجع إلى احتواء جميع عقود الامتياز على نصوص تنظم كيفية استرداد الإدارة للالتزام".

الفريق الثاني : يمثل رأي الأغلبية ويرى أن الإدارة ماثحة الامتياز لها الحق في استرداد المرفق قبل نهاية مدته العادية في جميع الأحوال وهذا الحق من النظام العلم تتمتع به الإدارة بقوة القانون سواء في حالة سكوت العقد أو في خلال مدة الحظر المنصوص عليها فيه ويؤيد هذا الاتجاه الفقيه "دي لو بادير" ويقول :

" أنه لا ينزع أحد في أن الإدارة، ودائما تملك سلطة إلغاء أو إعادة تنظيم المرافق العامة، وأن ممارستها لهذا الاختصاص غير قابل للتنازل عنه ، فالشروط التعاقدية الذي تتعهد فيه الإدارة بعدم إلغاء المرفق العام ، أو بعدم تعديل تنظيمه قبل تاريخ معين يكون لاغيا وعديم الأثر - وعلى ذلك لا ينزع أحد في أن المرفق العام محل الالتزام يظل مرفقا عاما ، وتملك الإدارة الحق في إلغائه أو إعادة تنظيمه بإحلال الإدارة المباشرة على سبيل المثال - بدلا من أسلوب الإدارة بطريق الالتزام".

وترتيباً على ما تقدم فإن ممارسة الإدارة لحق إلغاء المرفق أو إعادة تنظيمه بأسلوب إداري آخر هو حق لا يجوز التصرف فيه أو التنازل ومن مؤيدي هذا الرأي الفقيه بيكينو^(٥٢٢) حيث يقول : " يحدث غالباً أنه بسبب الوقت اللازم لاستهلاك

«Parrivé fréquemment que à raison du temps nécessaire à^(٥٢٢) l'amortissement des dépenses faites pour les travaux de création du service, une clause est insérée dans le contrat qui décide que le rachat ne sera pas possible pendant un certain nombre d'années. on estime gendarmement qu'une telle clause signifie que les règles contractuelles du rachat ne sauraient s'appliquer qu'après l'expiration de ces délais, mais quelles n'auraient pu porter atteinte au droit de rachat non contractuel de telle sorte que, malgré la clause, l'administration pourra résilier la concession antérieurement. Théorie générale du contrat administratif, Paris 1945 P.392».

الحق الإدارة في الاسترداد غير التعاقدى يراجع أيضا الفقيه بونار المرجع السابق ص ٧٦٤، وكذا الفقيه جيز المرجع السابق ص ١٢٢٥، والفقيه Lecomte رساله السابق الإشارة إليها ص ٨٧.

الأموال يرد بالعقد نص يقضي بعدم إمكان الاسترداد خلال عدد معين من السنوات ، مما يعني أن الأحكام التعاقدية للاسترداد تكون قابلة للتطبيق ، ورغم وجود هذا الشرط فإن ذلك لا يمس حق الإدارة في إجراء الاسترداد "

وإزاء انقسام الفقه الفرنسي بين مؤيد ومعارض تحفظ البعض^(٥٢٣) على مصطلح الاسترداد بأنه فقط الاسترداد الذي تنظمه كراسات الشروط الملحقة بعقود الامتياز بهدف إحلال طريقة الإدارة المباشرة محل أسلوب الالتزام.

هذا وينبغي التمييز بين استرداد الالتزام الذي نظمت أوضاعه في وثيقة الالتزام، وبين إلغاء المرفق - إذ عندما يتصل الأمر بإلغاء المرفق فإن الاصطلاح المستخدم في هذا الصدد هو " فسخ العقد " « Résiliation du contrat »

والخلاصة وفقا للرأي الراجح أن الإدارة ماثمة الامتياز تملك في أي وقت استرداد المرفق المدار بطريق الالتزام في جميع الأحوال سواء تضمنت وثيقة الامتياز أحكاما لأوضاع هذا الاسترداد أو أن الإدارة لجأت إليه في ظل سكوت العقد، أو في المدة المحظورة عليها اللجوء إليه خلالها بنص العقد - ذلك انطلاقا من حق الإدارة الأصل في تنظيم وتعديل وإنهاء مرفق الامتياز في أي وقت.

وبناء عليه يستحق الملتزم في حالة الاسترداد غير التعاقدية للمرفق المدار بطريق الالتزام تعويضا كاملا يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب ، دون الرجوع إلى قواعد التعويض المنصوص عليها في عقد الامتياز للاسترداد التعاقدية فالقاضي هنا يكون أكثر حرية في تحديد مقدار التعويض خاصة في المدة التي يحظر على الإدارة ممارسة الاسترداد التعاقدية خلالها ويأخذ القاضي في حسابه مدى

^(٥٢٣) استاذنا الدكتور /ثروت بدوي في رسالته عن فعل الأمير . المرجع السابق الإشارة ص ١٢٣ حيث يقول :

«*Nous réservons l'expression de rachat pour l'opération spéciale à la matière de la concession et organisée par les cahiers des charges, dont le but est la substitution de la régie à la concession et non la suppression du service. Lorsqu'il s'agit de la suppression du service, nous employons le terme résiliation (c'est l'hypothèse de l'affaire des Tramways de Cherbourg). Il faut en conclure que le rachat de la concession est une opération spéciale à la matière de la concession de service public il ne faut pas le confondre avec le droit de l'administration de mettre fin à ses contrats. Ce droit existe pour tous les contrats administratifs. Il n'est pas nécessaire qu'il soit prévu par le contrat. Au contraire, la rachat n'existe que Lorsqu'il est formellement prévu par les cahiers des charges*» .

النفقات الضخمة التي تكبدها الملتزم في إنشاء المرفق وتشغيله دون أن يتاح له وفقا للمعدلات الاقتصادية استهلاك هذه النفقات بصورة كاملة خلال المدة الزمنية المتفق عليها في عقد الامتياز ، ولهذا تتردد الإدارة المانحة في الأخذ بهذا الأسلوب دون اتفاق، نظرا للتعويض الباهظ الذي يستحقه الملتزم - حيث يملك قاضي العقد سلطة واسعة عند الحكم بالتعويض في مجال الاسترداد غير التعاقدية .

الفرع الثالث " الاسترداد التشريعي " « Le rachat l'égal »

قد يتدخل المشرع في مجال عقود امتياز المرافق العامة بإصدار قوانين خاصة ينظم بها استرداد بعض المرافق ، وهذا الأمر ليس بمستغرب طالما كان امتياز المرافق العامة يتم منحه بقانون فمن الطبيعي أن يقرر المشرع لاعتبارات يقدرها استرداد أحد المرافق العامة، أو إلغاء الامتياز الممنوح لها. (٥٢٤)

الاسترداد التشريعي في فرنسا: تدخل المشرع الفرنسي فأصدر قوانين خاصة نظم بها استرداد بعض مرافق هامة تدار بطريق الامتياز وأهم هذه القوانين (٥٢٥)

- ١) قانون ٢٩ مايو ١٨٤٥ باسترداد الامتيازات المتصلة بقتوات الملاحة في فرنسا.
- ٢) قانون ٣٠ يوليو ١٨٨٠ باسترداد الكباري التي يتعين دفع رسوم المرور عليها .
- ٣) قانون ١١ يونيو ١٨٨٠ ، ١٣ يوليو ١٩١٣ بإنهاء عقود امتياز السكك الحديدية المحلية والنقل بالترام.

- ٤) قانون ١٣ يوليو ١٩٠٨ بإنهاء عقد امتياز شركة سكة حديد الغرب.
- ٥) قانون ١٧ أبريل ١٩١٩ الخاص بالتعويض عن أضرار الحرب العالمية الأولى الصادر باسترداد بعض المرافق التي تدار بطريق الامتياز.
- ٦) قانون ٣١ يوليو ١٩٤٧ بتحويل الهيئات المحلية حق استرداد مرافق الامتياز المحلية في خلال سنة من صدوره ، بقصد تمكين تلك الهيئات من إدارة المرافق المحلية عن طريق الإدارة المباشرة أو الاقتصاد المختلط.

الاسترداد التشريعي في مصر: لجأ المشرع إلى هذا الأسلوب بإنهاء عقد امتياز شركة قناة السويس بموجب القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٥٦ =

(٥٢٦) يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسين أمين المرجع السابق ص—٨٢ وما بعدها ومؤلف أسـتـظـا
العميد الدكتور /الطماوى في العقود ص(٧٣٤) -و الدكتور /صلاح عبد البديع المرجع السابق ص—٧٠٦
(٥٢٧) يراجع في هذا الصدد مطول الفقيه "دى لوبادير" في العقود -المرجع السابق الجزء الثالث ص٢٠٧ وما بعدها.

(١) فنصت المادة الأولى منه على أن " تؤمم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية ش.م.م. وتنتقل إلى الدولة جميع ما لها من أموال وحقوق وما عليها من التزامات، وتحل جميع الهيئات واللجان القائمة حالياً على إدارتها ويعوض المساهمون ، وحصة حصص التأسيس بما يملكونه من أسهم وحصص بقيمتها مقدرة بحسب سعر الإقبال السابق على تاريخ العمل بهذا القانون في بورصة الأوراق المالية ببائس، ويتم دفع هذا التعويض بعد إتمام استلام الدولة لجميع أموال وممتلكات الشركة " .

(٢) ونصت المادة الثانية منه على أن " يتولى إدارة مرفق المرور بقناة السويس هيئة مستقلة تكون لها الشخصية الاعتبارية" تلحق بوزارة التجارة ، ويكون لها في سبيل إدارة المرفق جميع السلطات اللازمة لهذا الغرض ، دون التقيد بالنظم والأوضاع الحكومية. ومع عدم الإخلال برقابة ديوان المحاسبة على الحساب الختامي ، يكون للهيئة ميزانية مستقلة ويتبع في وضعها القواعد المعمول بها في المشروعات التجارية " .

(٣) ونصت المادة الثالثة بأن " تجمد أموال الشركة المؤممة وحقوقها في جمهورية مصر العربية وفي الخارج ويحظر على البنوك والهيئات والأفراد التصرف في تلك الأموال بأي وجه من الوجوه أو صرف أي مبالغ أو أداء أية مطالبات أو مستحقات عليها إلا بقرار من الهيئات المنصوص عليها في المادة الثانية " .

(٤) ونصت المادة الرابعة على أن " تحتفظ الهيئة بجميع موظفي الشركة المؤممة، ومستخدميها ، وعمالها الحاليين وعليهم الاستمرار في أداء أعمالهم، ولا يجوز لأي منهم ترك عمله، أو التخلي عنه بأي وجه من الوجوه، أو لأي سبب من الأسباب إلا بإذن من الهيئة المنصوص عليها في المادة الثانية " .

هذا ويتضح من النصوص السابقة أن القانون رقم ٢٨٥ لسنة ١٩٥٦ بالرغم من تسميته بأنه خاص " بتأميم الشركة العالمية لقناة السويس البحرية" فإنه ليس كذلك ، فالتأميم بمعناه الفني ينصرف إلى نقل ملكية بعض المشروعات الخاصة من الأفراد أو الأشخاص المعنوية لمصلحة الجماعة أما شركة قناة السويس البحرية فهي لم تكن تملك قناة السويس وإنما كانت تتولى "إدارة" هذا المرفق نيابة عن الدولة وبهذه المثابة يكون القانون الصادر بالاسترداد هو مجرد إجراء تشريعي لازم لأن أداة منح امتياز قناة السويس قد صدرت بفرمان من الحاكم (أو السلطان).

ولقد كشفت المذكرة الإيضاحية للقانون بهذا المعنى حيث تقول: " وأن هذه الشركة إنما تقوم على استغلال مرفق المرور بقناة السويس ، وذلك العمل يعتبر مرفقا عاما وثيق الصلة بالكيان الاقتصادي والسياسي بمصر ، وهي إنما تقوم بهذا العمل نيابة عن الحكومة بمقتضى الامتياز الموضح بالفرماتين الصادرين في ٣٠ نوفمبر ١٨٥٤ ، ٥ يناير ١٨٥٦ وما تلاهما من فرمات أخرى ، فالشركة في قيامها بهذا العمل ليست صاحبة الحق الأصل المسم دائما بأنه للحكومة المصرية . إذ من المعترف به أن المرافق العامة إنما تدار مباشرة من الدولة أو بالوساطة بطريق الامتياز ، وأن من حق الدولة دائما أن تسترد هذا الامتياز باعتباره منحة منها سواء ورد في هذا الشأن نص صريح في عقد الامتياز أو لم يرد وأن المصلحة العامة وحدها هي التي تجعل الدولة تختار الوسيلة التي تحقق أكبر قسط من المصلحة العامة ، إذ أن العلاقة بين مانح الالتزام ومستغله ، إنما تبنى على قواعد القانون الإداري وهي فرع من فروع القانون العام .

وقد تبنى المشرع المصري فكرة الاسترداد القانوني (أو التشريعي) للمرفق المدار بطريق الالتزام قبل نهاية مدته فأصدر المشرع القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٥٧ بإنهاء مدة الامتياز المرخص به للشركة ماركوني راديو التلغرافية ، وكننت مدته تنتهي في ١٥ يناير ١٩٥٨ ، فيتم الاتفاق بين الحكومة المصرية والحارس العام على أموال الرعايا البريطانيين والفرنسيين - على أن تؤول جميع موجودات الشركة إلى الحكومة ، وعلى أن تلتزم الحكومة بالوفاء بالتزامات شركة ماركوني في حدود قيمة موجودات هذه الشركة. (٥٢٦)

ثم أصدر المشرع القانون رقم ١٤٥ لسنة ١٩٥٧ بأيلولة مرفق المياه التي تتولى إدارته شركة مياه القاهرة إلى البلدية وتصفية الشركة المذكورة بحكم القانون على أن تتول إلى البلدية جميع موجوداتها وذلك مقابل تعويض حملة أسهم الشركة تعويضا عادلا وفقا للقانون.

ويرجع صدور هذا القانون إلى أن حالة مرفق مياه القاهرة الذي كانت تديره شركة مياه القاهرة بطريق الالتزام كان يستدعي كثيرا من التجديدات والمنشآت

(٥٢٦) يراجع في هذا الشأن مؤلف الدكتور فحي عبد الصبور في الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال - الطبعة الثانية عالم الكتب ١٩٦٧ ص ١٧١ كما يراجع الدكتور صلاح عبد البديع . المرجع السابق ص ٧٠٦

الحديثة التي تصل تكاليفها إلى عدة ملايين من الجنيهات ، ونظرا للعبء الأكبر من تكاليف ما يتم تنفيذه من هذه الأعمال حتى نهاية مدة الالتزام سيقع على البلدية ولن يبدأ انتفاعها بالمنشآت إلا بعد نهاية مدة الامتياز فإن الصالح العام يقتضي أن تتولى فورا البلدية " بلدية القاهرة " إدارة المرفق .

وقد نظم المشرع في المادة الخامسة من القانون آثار استرداد مرفق المياه بالنص على حلول مجلس بلدي القاهرة محل الشركة صاحبة الامتياز فيما لها من حقوق قبل الغير وفيما عليها من التزامات.

كما أصدر المشرع القانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٦٠ لاسترداد شركات النقل العام والقانون ١١٢ لسنة ١٩٦١ لاسترداد مرفق الغاز والكهرباء لمدينة الإسكندرية ، والقانون رقم ١٢٣ لسنة ١٩٦١ لاسترداد مرفق ترام القاهرة.

وفي بعض الدول يتدخل المشرع أحيانا بإصدار قوانين ينظم بها استرداد بعض المرافق التي تدار بطريق الامتياز، وفي هذه الحالة يتم إعمال القانون وتسترد الإدارة المرفق لأن منح الامتياز أحيانا يكون بقانون، ومن الطبيعي أن يتم الاسترداد بقانون أيضا وحتى مع افتراض أن الامتياز ليس بقانون . فإن المشرع له سلطة إصدار هذه النصوص^(٥٢٧).

وفي ضوء ما تقدم فإن القوانين السابقة هي تطبيق لحالة من حالات الاسترداد التشريعي في مصر - ولا شك أن المبادئ والأحكام العامة التي يتضمنها هذا المطلب تنطبق على عقود الالتزام بنظام الـ B.O.T انطلاقا من حق الإدارة الأصل في تنظيم وتعديل وإنهاء مرفق الامتياز في أي وقت سواء تضمنت وثيقة الامتياز أحكام وأوضاع الاسترداد أو أن الإدارة لجأت إليه في حالة سكوت العقد - شريطة أن تتوافر المشروعية في القرار الصادر بالاسترداد.

^(٥٢٧) استاذنا الدكتور محمد أنس قاسم جعفر في العقود الإدارية - المرجع السابق ص ٣٠٨ وما بعدها.

المطلب الثالث

"فصل عقد الامتياز و امتياز الـ B.O.T."

« Résiliation du contrat »

يحدث أن ينفسخ عقد الامتياز قبل نهاية مدته، إما باتفاق طرفي الرابطة العقدية ، أو بحكم قضائي أو بقوة القانون ، ونشير إلى هذه الصور فيما يلي:.

أولاً: الفسخ الاتفاقي : « La résiliation conventionnelle »^(٥٢٨)

يتم الفسخ باتفاق بين الإدارة و الملتزم قبل نهاية مدة العقد ، ولهذا يختلط الفسخ مع طريقة الاسترداد الاتفاق *le rachat contractuel* ، ويختلفان من حيث الأساس القانوني ، فحق الإدارة في الاسترداد حق أصيل سواء نص عليه في العقد أم لم ينص ، أما الفسخ فيتم عن تراض كامل بموجب اتفاق يتضمن تقدير التعويض المستحق للملتزم وكيفية سداده ، وعادة ما تلجأ الإدارة إلى الفسخ الاتفاقي لصعوبة الالتجاء إلى الاسترداد.

ثانياً: الفسخ القضائي بناء على طلب الملتزم :

« Résiliation Prononcée Par le Juge sur la demande du concessionnaire »

قد يلجأ الملتزم إلى القضاء طالبا إنهاء عقده قبل الأوان لأسباب منها:
(١) خطأ الإدارة الجسيم في تنفيذ التزامات تعديل الإدارة لشروط عقد الامتياز على نحو يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد إخلالا جسيما بصورة تفوق إمكانيات الملتزم الاقتصادية

(٥٢٨) ومن الأمثلة الواضحة على ذلك الاتفاق الذي تم بين الدولة في فرنسا وبين شركات الامتياز الخاصة بمرافق السكة الحديد في عام ١٩٣٧ حيث قررت الحكومة الفرنسية أن طريقة الاسترداد ستكلف الدولة مبالغ لا يمكن تدبيرها وبمثلها فضلت الالتجاء الى طريقة الاتفاق الودي . يراجع في هذا الصدد مطول الفقيه "دي لوبادير" في العقود ، المرجع السابق الجزء الثالث ص ١٨٣ كما يراجع أيضا مقال الفقيه "جيز" المنشور بمجلة القانون العام لسنة ١٩٣٢ بعنوانها *reorganistion des chemins de fer dinteret general* ص ٥٣٦. وفي الفقه المصري يراجع مؤلف أساذنا الدكتور /الطماوى في العقود المرجع السابق ص ٧٩٤.

أو الفنية أو بتغيير جوهر العقد وجعله بمثابة عقد جديد، ما كان الملزم ليقبله لو عرض عليه لدى إبرام العقد.

(٢) إذا اختل التوازن المالي نتيجة ظرف طارئ وثبت للملزم أن اختلال التوازن المالي للعقد لن يعيده إلى نصابه.

ثالثاً: الفسخ بقوة القانون : « La Résiliation de Pleine Droit »

ومن أوضح الأمثلة لهذه الطريقة حالة القوة القاهرة *la force majeure* أو الحرب إذا أدت إلى تدمير المرفق المدار بطريق الامتياز ، ومن ذلك أيضاً حالة وفاة الملزم إذا تضمن العقد نصاً ينقضي العقد بمقتضاه^(٥٢٩).

رابعاً : الفسخ بمعرفة الإدارة : « Droit de résiliation sans faute »

ويتجلى حق الإدارة الأصل في إنهاء عقد الامتياز دون أن يرتكب المتعاقد أي خطأ ، حيث طبق مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في حكمه الصادر في ٣٠ ديسمبر سنة ١٩٤٢ في قضية « *Consorts Simongiovanni* » ويطلق الفقه والقضاء الإداري في فرنسا اصطلاحاً "القوة القاهرة الإدارية" : *La Force Majeure Administrative* على اختلال التوازن المالي لعقد الامتياز نتيجة ظرف طارئ وهي حالة لا يطلب القضاء فيها استحالة التنفيذ بل مجرد قلب توازن العقد نهائياً. وبهذا الشكل تقع هذه الحالة في مرحلة متوسطة بين القوة القاهرة بمفهومها التقليدي وبين نظرية الظروف الطارئة *L' imprévision* وتعد فكرة القوة القاهرة الإدارية من نتائج مجلس الدولة الفرنسي بموجب حكمه الصادر بتاريخ ٩ ديسمبر ١٩٣٢ في قضية شركة ترام شربورج^(٥٣٠).

هذا وتنسحب الأحكام والقواعد العامة الواردة بهذا المطلب على حالات

الفسخ في عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T.

^(٥٢٩) يراجع مؤلف أستاذنا العميد الدكتور/الطنطاوي في العقود المرجع السابق صـ ٦٩٨ وما بعدها.

^(٥٣٠) أنظر مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسن أمين في أحكام الانقضاء المرجع السابق صـ ١٢٤ وما بعدها.

المبحث الثاني

" إسقاط الامتياز و امتياز ال B.O.T "

« La déchéance du concessionnaire »

الإسقاط يعني إنهاء عقد الامتياز على حساب الملتزم نتيجة لخطئه الجسيم، ونقتضي دراسة هذا النوع من الإنهاء المبسر لعقد الامتياز معالجة عدة نقاط أساسية تتمثل في : التعريف بجزاء الإسقاط وبيان طبيعته القانونية وتمييزه عن النظم التي قد تتشابه معه، وبيان الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط، وعليه تنقسم الدراسة في هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب:

المطلب الأول

" جزاء الإسقاط وطبيعته القانونية "

المطلب الثاني

" الشروط المقررة لممارسة الإسقاط "

المطلب الثالث

" الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط "

المطلب الأول

"جزاء الإسقاط وطبيعته القانونية"

أولاً: التعريف بجزاء الإسقاط وطبيعته القانونية : (٥٢١)

(٥٢١)

« La déchéance, souvent aussi qualifiée de résiliation la plus grave de toutes les sanctions qui met fin à la concession , en évinçant le concessionnaire qui ne s'est pas conformé à une des obligations essentielles de son cahier des charges » .

تراجع رسالة *Huguette Polack* بعنوان : « Les sanctions pouvant atteindre le concessionnaire de services publics En cas de manquement à ses obligations » وقد نوقشت عام ١٩٤٦ أعيد طبعها عام ١٩٥٨ . باريس ، ص ١٠ .

ومن التعريفات المشابهة تراجع في هذا الصدد مؤلف الفقيه "فالين" : « *Traité de droit administratif 9e* : Ed Paris 1963 p.707 et suiv. » كما تراجع أيضا في هذا الصدد تعريف الفقيه "دى لوبادير" للإسقاط حيث يقرر بأن هذا النوع من الجزاءات لا يرتب أى تعريض للمتزم بل على العكس ، فإن الإسقاط يمكن أن يرتب تعريضا لصالح الإدارة يتحملة المتزم .

« Prononcée aux torts de celui ci , elle ne comporte naturellement Jamais d'indemnisation de celui ci mais peut au contraire , on la vu , être assortie à sa charge , de dommages – intérêts au profit de l'administration concédante » . المرجع السابق . الجزء الثالث ص ١٨٩ .

ومن التعريفات الفقهية الحديثة للإسقاط تراجع تعريف الفقيه *Coudeville* حيث يقول بأنه يستلزم أخطاء جسيمة جدا من المتعاقد وأنه لا يجب توقيعه على المتزم إلا إذا انضح عدم كفاية الجزاءات الضاغطة ولذلك فإن له صفة الجزاء الاستثنائي . تراجع مؤلفه بعنوان « *Les concessions de service public des collectivités locales. Sirey Paris, 1983 p.115* » .

كما تراجع أيضا في التعريفات المختلفة للإسقاط الدكتور /صلاح عبد البديع ، رسالته السابق الإشارة إليها ص ٥٥ . ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن جزاء الإسقاط لا يوجد لصالح الإدارة إلا إذا كان منصوفا عليه صراحة في العقد ، وأن جزاء الفسخ لأخطاء المتزم هو الجزاء الذي يحل محل الإسقاط في حالة عدم النص صراحة على جزاء الإسقاط في العقد . (الفقيه *Blondeau* في رسالته بعنوان « *Concession de service public* » جرنوبل ١٩٢٩ ص ٢٣٩) (جزاء الإسقاط طبقا لهذا الرأى هو تدبير تعاقدى وليس من النظام العام ، حيث لا تستطيع الإدارة توقيعه على المتزم طبقا لهذا الرأى في حالة سكوت العقد تراجع الدكتور /صلاح عبد البديع ، رسالته السابقة الإشارة إليها ص ٦٠ .

« Elles sont nature réglementaire et elles sont d'ordre public »

مؤلف "جيز" في العقود ، ص ١٧١ . المرجع السابق ص ٢٩ .

Une clause du contrat de concession ne pourrait pas inter-dire la déchéance de manière générale Ce serait contraire à l'ordre public cela équivaldrait à une déclaration de désintéressement de l'administration concédante. En matière de concession de service public , l'administration concédante ne peut pas se désintéresser de l'exploitation , elle doit la surveiller constamment et , en cas de défaillance du concessionnaire, se=

يوضح الفقيه *Huguette Polack* بأن جزاء الإسقاط وجزاء وضع المرفق تحت الحراسة هما من القواعد الأساسية ذات الطبيعة اللاحية المنظمة للمرفق العلم، وبهذه المثابة تستطيع الإدارة الماتحة إنزال جزاء الإسقاط على الملتزم المقصر، وأنه في حالة عدم وجود نص صريح لهذا الجزاء في العقد يتعين على الإدارة الرجوع إلى قاضي العقد للمطالبة بتوقيع جزاء الإسقاط،،، وهي لا تملك التنازل عن حقها في ذلك، فالتنازل عنه يعد مخالفا للنظام العام، ويتساوى مع إيراد شرط في العقد بعدم مسئولية الملتزم، بما يصف الإدارة بالإهمال وعدم المبالاة، وهي المخولة قانونا في مجال الامتياز بمراقبة استغلاله وعليها أن تحل محله مؤقتا ريثما يحل شخص آخر محله.

وقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا في مصر تعريف الإسقاط بقولها " أن سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المرادفة لمعنى واحد هو رفع يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته لمواجهة المخالفات الجسيمة التي يرتكبها الملتزم مع قيام حق مانح الامتياز في هذه الحالة بالاستيلاء على الأدوات اللازمة لإدارة المرفق حيثما عن الملتزم ". (٥٣٢)

ثانيا : التمييز بين الإسقاط والنظم القانونية المشابهة:

الإسقاط وحالة وضع المرفق تحت الحراسة *La mis sous séquestre*:

يقصد بكل من جزاء "الإسقاط"، وجزاء وضع المرفق تحت الحراسة إبعاد الملتزم المقصر عن تنفيذ التزاماته التعاقدية أي عن إدارة واستغلال المرفق وتقوم الدولة بإدارة واستغلال المرفق لتأمين سيره بانتظام واطراد. (٥٣٣).

ويتفق الخبراء في: " أن الإدارة الماتحة للالتزام تستطيع إنزال كل من الجزاءين ولو لم يرد النص عليهما في العقد. وهما يختلفان من جهتين:

=substituer provisoirement au concessionnaire , puis le remplacer définitivement

مؤلف "جيز" المرجع السابق ص ١٧٠، ١٧١. يراجع مؤلف أ. د. محمد سعيد حسن أمين أحكام انقضاء عقد الامتياز

الرجوع السابق ص ٩٠ وما بعدها ود. صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ٦٠.

^{٥٣٢} حكمها بتاريخ ٣٠ ديسمبر ١٩٧٧ سقت الإشارة إليه.

^{٥٣٣} يراجع مؤلف د. فحى عبد الصبور المرجع السابق ص ١٧٥ وما بعدها.

• أن جزاء وضع مرفق الامتياز تحت الحراسة "إجراء مؤقت" لا ينهي الرابطة العقدية أما جزاء الإسقاط فهو "إبعاد الملتزم نهائياً" من إدارة المرفق محل الامتياز، وإنهاء عقده بصفة قطعية.

• أن وضع مرفق الامتياز تحت الحراسة إجراء ضاغط ويقصد به تهديد الملتزم المقصر، وإرغامه على تنفيذ التزاماته على الوجه الصحيح ، ولذلك تتولى الجهة المانحة خلال مدة الحراسة إدارة المرفق على حساب ومسئولية الملتزم على خلاف الإسقاط- فهو جزاء فاسخ لعقد الامتياز.

وتنتهي الحراسة على مرفق الامتياز بأحد وضعين :

- أن يستعيد الملتزم إدارة المرفق بناء على انتظامه في تنفيذ التزاماته التعاقدية.
- أن تقوم الجهة المانحة بتوقيع جزاء الإسقاط بقرار منها ، أو بحكم من القاضي.

٢- الاسترداد والإسقاط :

يؤدي كل من الاسترداد والإسقاط إلى إنهاء الرابطة العقدية ، وهما يختلفان في: " أن الإسقاط جزاء قاس يصدر عادة من قاضي العقد وفقاً لاتجاه الفقه وأحكام القضاء في فرنسا ، ويمكن أن يصدر من الجهة مانحة الامتياز إذا احتفظت لنفسها بحق توقيع جزاء الإسقاط بمقتضى شرط صريح في العقد أو في كراسة الشروط في حين أن الاسترداد يصدر دائماً بقرار من الإدارة استناداً إلى سلطتها التقديرية وفق مقتضيات الصالح العام.

• أن الإسقاط يعد عقوبة عند وجود خطأ جسيم من جانب الملتزم ، أما الاسترداد فهو إجراء تمارسه الإدارة دون خطأ من جانب الملتزم تستهدف به النفع العام وصالح المرفق المدار بطريقة الامتياز.

• أن الملتزم لا يستحق أي تعويض في حالة الإسقاط ، وقد يتطلب الأمر الحكم عليه بتعويض الإدارة عن الأضرار التي لحقت بالمرفق نتيجة خطئه الجسيم - في حين أن الاسترداد يرتب حقاً كاملاً للملتزم في التعويض ، يشمل ما لحقه من خسارة ، وما فاته من كسب ، نتيجة إنهاء عقده قبل مواعده الطبيعي دون خطأ من جانبه.

"شروط ممارسة إسقاط الالتزام"

يمثل جزاء الإسقاط خطورة على الحقوق المالية للملتزم لهذا توجد شروط وقيود تقضي بحرمان الإدارة من حق ممارسة جزاء الإسقاط تلقائياً ، إذا لم تحتفظ به صراحة في العقد أو في كراسة الشروط ، وبضرورة إعداد الملتزم وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه ، وقد التزمت الإدارة أخيراً بتسبيب قرار الجزاء بالتطبيق لأحكام القانون الصادر في ١١ يوليو ١٩٧٩ والذي جرى نفاذه في ١١ يناير ١٩٨٠ . (٥٣٤)

ولاشك أن هذه القيود ترجع في الأساس إلى اتجاه مجلس الدولة الفرنسي نحو حماية الملتزم ، لأن الإسقاط ينهي عقد الامتياز ، فكان من العدل إحاطته بضمانات استثنائية تمثلت في شروط أربعة:

- (١) اختصاص القاضي بقاعدة بتقرير جزاء الإسقاط .
- (٢) ارتكاب الملتزم أخطاء جسيمة.
- (٣) ضرورة إعداد الملتزم وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه.
- (٤) إلزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط وإبلاغه للملتزم.

• المرط الأول، اختصاص القاضي بقاعدة عامة بتقرير جزاء الإسقاط : استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي خلافاً لمجلس الدولة المصري على اختصاص قاضي العقد بتقرير جزاء الإسقاط إذا لم يوجد نص في العقد أو في كراسة الشروط يخول الإدارة هذا الاختصاص صراحة وفي حالة احتفاظ الإدارة بهذا الحق على هذا النحو فإن قاضي العقد يتجاوز حدود اختصاصه قانوناً إذا خرج على هذا المقتضى ، وفي حالة ورود نص يخول القاضي تقرير جزاء الإسقاط فهذا يدخل في عداد "الشروط التعاقدية" بالضمانات الممنوحة للملتزم ضد عسف الإدارة المحتمل. (٥٣٥)

(٥٣٤) أ. د. محمد سعيد حين أمين في أحكام القضاء عقد الامتياز المرجع السابق ص ٩٨ وما بعدها

(٥٣٥) من أحكام مجلس الدولة حكمه بتاريخ ٢٠ يناير ١٩٠٥ في قضية *Compagnie departementale Des eaux* وحكمه بتاريخ ١٧/نوفمبر ١٩٤٤ في قضية *Ville davallon* وفي ٢٨ مايو ١٩٨٢ في قضية *Sa d'exploitation du casino municipal de lucsur mer R.D.P 1983 P.1436* = إليها في المرجع السابق ويراجع حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٢ نوفمبر ١٩٦٧ في قضية *Sa generale*

و في مصر قضت المحكمة الإدارية العليا في ٣٠/١٢/١٩٧٧ بأنه : " ليس صحيحاً في القانون أن جزاء سحب الالتزام أو إسقاطه لا يجوز توقيعه إلا بحكم من المحكمة المختصة ، إذ أن مآح الالتزام له سلطات عديدة يملك استعمالها في حالة عدم قيام الملتزم بالوفاء بالتزاماته المفروضة عليه بمقتضى العقد ، فله بقرار منه توقيع الغرامات المنصوص عليها بالعقد أو تنفيذ التزامات الملتزم على حسابه ، وكذلك له أن يتخذ ما يراه كفيلاً لضمان سير المرفق العام كما يثبت لمآح الالتزام بجانب هذه الجزاءات إسقاط الالتزام إذا اختل المرفق اختلالاً جزئياً أو كلياً ، أو إذا ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة ، غاية الأمر أنه يتعين توافر شرطين : أولهما : أن يرتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو يتكرر إهماله أو يعجز عن تسيير المرفق بانتظام وثانيهما : وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ... ولا يتطلب الأمر حكم من المحكمة المختصة بل يكفي فيه قرار من مآح الالتزام".

" و سبق لذات المحكمة تقرير هذا المبدأ في أحكامها (٥٣٦) كما استقرت الفتاوى بأن : للإدارة الحق في أن توقيع عقوبة الإسقاط بنفسها دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء (٥٣٧) .

ويرى أستاذنا الدكتور محمد سعيد حسين أمين ويحق " أنه مع التسليم بحسق جهة الإدارة في توقيع مختلف أنواع الجزاءات بنفسها على المتعاقدين دون الرجوع إلى القضاء ، إلا أنه ينبغي التحفظ فيما يتعلق بعقوبة إسقاط الالتزام ، فبالنظر إلى جسامه هذا الجزاء وآثاره يجب في تقديرنا أن يتم توقيعه بمعرفة القضاء وذلك على نحو ما هو متبع في فرنسا " .

ومع التسليم بأن القضاء هو الجهة صاحبة الاختصاص في الحكم بتوقيع عقوبة الإسقاط في عقد امتياز المرفق العام — أقول بأن هذه الولاية القضائية تسري

- technique ، وحكم الإدارة العليا بتاريخ ١٧ بونيه ١٩٧٢ السنة ١٧ ص ٥٨٨، ٥٨٧ حيث قضت بحق الإدارة في سحب التزام بإدارة سوق في حالة ارتكاب الملتزم خطأ جسيماً . وفتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري رقم ٥٩ في فبراير ١٩٥٨ . مجموعة الأستاذ أبو شادي ص ٦٤ . ويفسر البعض ضرورة الإعذار بأن جزاء الإسقاط ليس بصفة عامة إجراء عاجلاً خاصة وأنه يكون مسبوقاً في الغالب بوضع المرفق تحت الحراسة — المرجع السابق ص ٧٦٠ .

(٥٣٦) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٧/٦/١٩٧٢ م السنة السابعة عشر ص ٥٨٧، ٥٨٨ — حق الإدارة في سحب الالتزام بإدارة سوق في حالة ارتكاب الملتزم خطأ جسيماً .

(٥٣٧) مثال فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشاري رقم ٥٩ / ٢ / ١٩٥٨ — مجموعة : الأستاذ المستشار أبو شادي ص ٦٤ .

في شأن عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. من باب أولى ، بعد أن أصبحت العلاقة بين الإدارة والملتزم - في هذا العقد - تكتسي ثوباً اتفاقياً ، وبزوال سياسة التدخل والفرض بالقرارات السيادية ، واتخاذ مبدأ العدالة والمساواة سبيله بين الطرفين باختيار طريقة التحكيم وجهة التقاضي ملجأ وملاذاً لفض ما قد ينشأ بينهما من خلاف أو منازعة ، ولا ريب أنه لا توجد ثمة حاجة ماسة لتوقيع عقوبة الإسقاط كإجراء عاجل فغالبا ما يكون توقيع هذا الجزاء مسبقاً بوضع مرفق الامتياز تحت الحراسة فضلاً عن حماية الملتزم بشروط وضمائم استثنائية ،،، ولهذا يمكن لمرفق الامتياز مواصلة سيره في سباج آمن تحت مظلة فكرة النفع العام ، إلى أن يصدر الحكم في طلب الإسقاط تحكيماً أو قضاءً.

° المرط الثاني (٥٣٨) : يلزم لتوقيع جزاء الإسقاط ارتكاب الملتزم لخطأ جسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية على وجه يضر بسير المرفق العام ، ومن الأمثلة المستمدة من أحكام القضاء الفرنسي ، لأفعال تبرر توقيع جزاء الإسقاط :

(١) عدم انتظام الطاقة الكهربائية الناشئة عن قصور وعدم كفاية الأدوات المستعملة في استغلال المرفق.

(٢) عدم احترام الملتزم للتعريفات والرسوم المحددة بمعرفة ماتح الامتياز ، ورفض إمداد جهة الإدارة بالحسابات التفصيلية لعمليات المرفق.

(٣) تنازل الملتزم عن عقده كلياً أو جزئياً دون موافقة مسبقة من السلطة المختصة.

° المرط الثالث يتطلب القضاء الفرنسي وجوب إغذار الملتزم قبل توقيع جزاء الإسقاط بتوجيه دعوة رسمية إليه لتنفيذ التزاماته، وتتضمن كراسات الشروط ضرورة قيام الإدارة بإغذار الملتزم قبل توقيع الجزاء وتحديد المدة التي يمكن بعدها اتخاذ جزاء الإسقاط أيضاً في حالة سكوت العقد يتعين توجيه الإغذار قبل توقيع جزاء الإسقاط (٥٣٩) .

(٥٣٨) تراجع الأمثلة - رسالة الدكتور / صلاح عبد البديع - المرجع السابق - ص ٩٥ وما بعدها.

(٥٣٩)

« La mise en demeure ne consiste pas seulement , en matière de déchéance de concession de service public, dans une sommation adressée au concessionnaire Il faut que, à la suite de cette sommation , le concessionnaire n'ait pas fait tous

ويعد هذا الجزاء غير مشروع إذا لم يكن مسبقاً بالإعذار ، وكذلك إذا تضمنت وثيقة الامتياز استيفاء أو اتخاذ إجراءات شكلية معينة فإنه يجب مراعاتها قبل توقيع الجزاء كأخذ رأي جهة ما حيث يترتب على مخالفة تلك الإجراءات أن يرفض القاضي توقيع جزاء الإسقاط ، ولا يلزم أن تقوم السلطة المانحة بالإعذار الملتزم بنفسها إنما يجوز أن تتولى عنها هذه المهمة سلطة إدارية أخرى . (٥١٠)

ومفاد ما تقدم أن الإعذار في مجال الإسقاط لا يقتصر فقط على توجيه إنذار إلى الملتزم بل يجب على الإدارة عقب الإنذار أن تقوم بمنح مهلة معقولة للملتزم المتراخي في الوفاء بالتزاماته التعاقدية ، لكي يواصل التنفيذ ، وأن يبدي ملاحظاته ويقدم أوجه دفاعه ويتناقش مع الإدارة فيها .

وهناك حالات يتم فيها إعفاء الإدارة المانحة من شرط إنذار الملتزم وهي :

- ١) إذا تضمن العقد شرطاً قاطع الدلالة بإعفاء الإدارة المانحة من الإعذار .
- ٢) إعفاء الإدارة من الإعذار بموجب نص تشريعي أو لائحة .
- ٣) إذا كانت الظروف تكشف عن عدم جدوى الإعذار كما في حالة إعلان الملتزم بنفسه عن عدم قدرته نهائياً استغلال المرفق .
- ٤) في حالة إفلاس الملتزم أو تصفية مشروعة قضائياً ، لعدم جدوى الإنذار .
- ٥) في حالة تنازل الملتزم عن عقده دون ترخيص مسبق .

• الشرط الرابع ، إلزام الإدارة بتسبيب قرار الإسقاط وإبلاغه للملتزم : ويحتوي هذا الشرط على أمرين : أولهما : الإجراءات التمهيدية وأخذ الرأي مقدماً ، وثانيهما : تسبيب القرار الإداري الصادر بالإسقاط وإبلاغه للملتزم ، وسوف نتعرض لدراسة هذا الشرط في "المبحث الثالث" .

ses efforts pour executer ses obligations ou soit impuissant à exploiter normalement , L'administration doit , en conséquence , en même temps qu'il adresse la sommation ,accorder un délai raisonnable au concessionnaire ,= discuter avec lui ses propositions. Ce n'est qu'en dernière analyse que la déchéance devra être prononcée .

جيز المرجع السابق ص ١٨٩ يفسر البعض ضرورة الإعذار بأن جزاء الإسقاط ليس بصفة عامة إجراء عاجلاً خاصة وأنه يكون مسبقاً في الغالب بوضع المرفق تحت الحراسة الفقيه بونار ، المرجع السابق ص ٧٦٠ .

(٥١١) 'راجع في هذا الصدد حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٦ نوفمبر ١٩٧١ في قضية S. S.I.M.A المجموعة ص ٧٢٢ كما تراجع رسالة الدكتور /صلاح عبد البديع . المرجع السابق ص ١٠٦ .

٣ الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط

يركز الفقه على الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط فيما يلي:

- (١) إنهاء العلاقة التعاقدية ، واستبعاد الملتزم نهائياً من استغلال المرفق قبل انتهاء المدة المنصوص عليها في وثيقة الامتياز.
- (٢) يعد جزاء الإسقاط عقوبة قاسية للملتزم لخطئه الجسيم، كما يتحمل وحده الأعباء المالية من أجل استمرار تشغيل المرفق العام.
- (٣) فقدان التأمين الذي سبق أن دفعه الملتزم حال إبرام عقده .
- (٤) إقامة مزايمة جديدة على مسؤولية الملتزم المستبعد من أجل اختيار ملتزم جديد لتأمين استمرار المرفق العام.^(٥١١)

وتتمثل المبادئ التي تحكم المزايمة فيما يلي:

- (أ) تستهدف المزايمة تغيير الملتزم بملتزم جديد يحل محله ، وتتم المزايمة على مسؤولية الملتزم المستبعد ، وبالتالي يتحمل خسارة أقل أو أكثر تبعاً لنتيجة المزايمة ويكون من حق الملتزم تعيين الثمن الأساسي *La Mise Prix* الذي تفتتح به المزايمة ومراقبة المزايمة وإبداء رأيه فيها.
- (ب) إذا نجحت المزايمة فإن الملتزم الجديد يحل محل الملتزم المستبعد في حقوقه والتزاماته على أن يتسلم الأخير الثمن الناتج من المزايمة، ويتحمل المصروفات التي استلزمها عملية المزايمة.
- (ج) إذا فشلت المزايمة الأولى ، فإنه يتم عمل مزايمة أخرى بدون تحديد ثمن أساسي - فإذا لم تسفر المزايمة الثانية عن نتيجة يفقد الملتزم المستبعد جميع حقوقه نهائياً، وتصبح الأعمال والإنشاءات والأجهزة والأدوات والمواد المستغلة بالمرفق ملكاً للسلطة مانحة الامتياز بغير تعويض.^(٥١٢)

^(٥١١) يراجع في هذا الشأن رسالة الدكتور/ صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ١١٢ وما بعدها.

^(٥١٢) أساذنا الدكتور /محمد سعيد حسين أمين في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص ١١٤ وما بعدها.

د) أما إذا لم تجر الإدارة هاتين المزايدتين وقررت استغلال المرفق بطريقة الإدارة المباشرة فإنها تلزم بدفع المصروفات التي أنفقها الملتزم لتهئية المرفق و قيمة المواد التي آلت إليها دون مقابل. (٥٤٣)

ويلاحظ في هذا الصدد أن الإدارة ليست خلفاً عاماً أو خاصاً للملتزم إذا ما قررت بنفسها إدارة المرفق. لذا فإنها لا تسأل عن حقوق دائني الملتزم ولا تصري في مواجهة الإدارة عقود العمل الخاصة بالعاملين لدى الملتزم المستبعد ما لم ينص القانون أو عقد الالتزام خلاف ذلك (٥٤٤)

(٥٤٣) أنظر العقود الإدارية - الأحكام العامة و الاختصاص القضائي - تأليف الدكتور "عمر حلمي فهمي و الدكتور عادل عبد الرحمن خليل ص ١٧٥ - الناشر دار الثقافة الجامعية ١٩٩٨.

(٥٤٤) أنظر موسوعة العقود الإدارية م. حمدي ياسين عكاشة - الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية ١٩٩٨ ص ٥٧٦

المبحث الثالث " رقابة القضاء على قرار إنهاء عقد الامتياز "

تمهيد وتقسيم: (٥٤٥)

يختص القضاء الإداري كقاعدة عامة بالفصل في المنازعات الناشئة عن عقد امتياز المرفق العام ، وطبقا لما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي يختص قاضي العقد (القاضي الكامل) وحده دون قاضي الإلغاء بالفصل في منازعات عقود الامتياز ومن بينها قرارات إنهاء هذه العقود وطلبات إلغاء الجزاءات التعاقدية ، وقضت محكمة القضاء الإداري بأنه " متى توافرت في المنازعة حقيقة العقد الإداري سواء كانت المنازعة خاصة باتعقاد العقد، أم صحته أم تنفيذه أم انقضائه ، فإنها تدخل في نطاق ولاية القضاء الكامل دون ولاية قضاء الإلغاء " .

وتتناول الرقابة القضائية بحث البواعث التي حثت بالإدارة إلى استرداد الامتياز، أو فسخ العقد أو إسقاط الالتزام ، وكذلك تناسب الجزاء مع جسامه الخطأ الذي ارتكبه الملتزم ، واستيفاء القرار الإداري أوجه المشروعية ومبدأ موازنة المشروعية والملاءمة ، واستيفاء قرار الإنهاء شرط التسبب واتخاذ الإجراءات التمهيدية و الغلط البين في التقدير ، وهذه الأمور ندرسها في مطلبين :

المطلب الأول

" رقابة القضاء أوجه المشروعية وموازنة مبدأ المشروعية والملاءمة والغلط البين في قرار إنهاء الالتزام "

المطلب الثاني

" رقابة القضاء مدى استيفاء قرار إنهاء الالتزام شرط التسبب واتخاذ الإجراءات التمهيدية "

^(٥٤٥)يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور/محمد سعيد حسن أمين المرجع السابق ص ١٢٠ وما بعدها .

المطلب الأول

" رقابة القضاء أوجه المشروعية وموازنة مبدأ المشروعية

والملاءمة والغلط البين لقرار إنهاء الامتياز "

تتمثل أوجه الرقابة القضائية على قرار الإدارة بإنهاء عقد الالتزام في :
رقابة المشروعية وموازنة مبدأ المشروعية ، والملاءمة ، والغلط البين في التقدير :

أولاً : رقابة المشروعية^(٥١٦) :

يعتبر القرار الصادر بإنهاء عقد الامتياز نهاية مبتسرة غير مشروع إذا اقترن بأحد العيوب التالية :

(١) عيب الاختصاص « *Vice de l'incompetence* » يعد قرار الإدارة غير مشروع في حالة صدوره من جهة غير مختصة بإصداره .

(٢) عيب الشكل : « *Vice de la forme* » يعد القرار غير مشروع إذا صدر دون مراعاة إعدار الملتزم ، أو صدور القرار بغير الإجراءات ، أو الشكل الذي يتطلبه القانون أو العقد ، وليس للمتعاقد أن يطعن في عدم مراعاة الإدارة لإجسراء شكلي مقرر لمصلحة الإدارة وحدها.

(٣) عيب مخالفة القانون « *Vice de violation de la loi* » يجب أن ينطوي الفعل الذي ارتكبه الملتزم على خطأ جسيم في التنفيذ وأن تشكل الوقائع المنسوبة له طابعاً من الجسامة يبرر توقيع الجزاء وإلا اتسم القرار بعدم المشروعية.

(٤) عيب الانحراف بالسلطة « *Vice de détournement de pouvoir* » إذا ما تبين أن الهدف من اتخاذ قرار إنهاء الالتزام هو لإبرام عقد جديد مع شخص آخر غير الملتزم فإن القرار يكون مشوباً بالتعسف في استعمال السلطة والانحراف به .

^(٥١٦) أنظر أ.د. فؤاد العطار القضاء الإداري دار النهضة العربية ١٩٦٨ ص ٥٦٦ وأ.د. مصطفى أبو زيد فهمي القضاء الإداري مرجع سابق ص ٤٤١ والنزاعات الإدارية بدون دار نشر ١٩٧٦ ص ١٩٥ وأ.د. ربيع فتح الباب القضاء الإداري قضاء الإلغاء ٢٠٠١ دار الرسالة الدولية للطباعة ص ٢٣٥ والمستشار حمدي ياسين عكاشة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٨٧ ص ٤٩٦ وأ.د. محمد مرغني خيري نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٧٢ ص ٤٢١ وما بعدها

ومفاد ذلك أنه إذا حاد مصدر القرار عن هدفه غدا قراره باطلا لكونه مشوباً بالانحراف في استخدام الإدارة سلطتها بغية تحقيق غاية غير مشروعة لتعارض ذلك مع المصلحة العامة أو مع الهدف الذي حدده القانون لإصدار القرار. (٥٤٧)

ثانياً : رقابة موازنة مبدأ المشروعية :

تلتزم الإدارة فيما تبشره من أعمال وتصرفات باحترام مختلف القواعد القانونية الناتجة عن المصادر المتعددة المكتوبة منها وغير المكتوبة وهذه السلطة المقيدة تؤدي حتماً إلى نتائج إيجابية في مجال حماية الأشخاص أولئك الذين تترك لهم الدولة قدراً من الحرية للمعاونة في أنشطة المرافق العامة تضمن به سيرها بانتظام واطراد، كما ترفع عن الأعمال في هذا المجال سمة النمطية والروتين مما يبعث فيها روح التطوير والابتكار وبهذه المثابة تكون السلطة المقيدة سياج ضمان وأمن لهؤلاء الأشخاص ضد تسلط الإدارة وعسفها وانحرافها عن السبيل القويم. (٥٤٨)

ثالثاً : رقابة الملاءمة :

من المعلوم أن القرار الإداري له خمسة أركان هي: الاختصاص ، والشكل، والغاية، والمحل، والسبب، وبالنسبة لركني الشكل والاختصاص فالإدارة ليس لها في شأنهما أية سلطة تقديرية ، أما ركن الغاية: فهو مقيد بطبيعته باعتباره يمثل الحد الخارجي للسلطة التقديرية . فإذا حادت الإدارة عن الهدف أو كان باعثها من اتخاذ القرار تحقيق مصلحة ذاتية جاء القرار معيباً بسوء استعمال السلطة أو الانحراف بها .

وتقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ يناير ١٩٤٨: "حيث أنه مما يجب التنبيه إليه بادئ الأمر أنه وإن كانت الإدارة تستقل بتقدير مناسبة إصدار قراراتها بأن لها الحرية المطلقة في تقدير ملاءمة

(٥٤٧)راجع : بحث د. عبد العزيز عبد النعم خليفة بعنوان "إلغاء القرار الإداري لحياذه المهدف المخصص لإصداره" ٢٠٠١ مجلة المحاماة العدد الأول ص ٥٩٧ ، ومؤلفه "الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري" ٢٠٠١ دار النهضة العربية ، ومؤلف أ.د. محمد أنس قاسم جعفر "الوسيط في القانون الإداري والقضاء الإداري" دار النهضة العربية ص ٣٣٦ ، ومؤلف أ.د. الطماوي "القضاء الإداري - قضاء الإلغاء" ١٩٧٦ دار الفكر العربي ص ٨٦١ .

(٥٤٨)راجع مؤلف أ.د. رمضان محمد بطيح "القضاء الإداري" دار النهضة العربية ص ٤٩ ، والمصادر المتعددة المكتوبة هي: الدستور والتشريعات واللوائح - أما غير المكتوبة فهي العرف والمبادئ العامة للقانون ص ١٩

إصدار القرار الإداري من عدمه ، بمراعاة ظروفه ووزن الملاحظات المحيطة به ، إلا أنه يجب أن يكون الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامه ، وإلا شابه عيب إساءة استعمال السلطة وأمكن أن يردّها القضاء إلى جادة الصواب" .^(٥٩٩) ، وبذلك تنحصر سلطة الإدارة التقديرية في نطاق ركني السبب والمحل .

* ركن السبب : حالة واقعية أو قانونية تبرر تدخل الإدارة في شأن مرفق الامتياز لإنهاء العقد مثلا عند تعرضه لأخطار من جانب الملتزم تهدد سيره في نحو يضر بجمهور المنتفعين به ، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في هذه الحالة ، حين يستند تقديرها على وقائع مادية ثابتة .

وتقول في حكمها الصادر بتاريخ ١٣ أبريل ١٩٥٦ " للقضاء الإداري أن يراقب صحة قيام الوقائع وصحة تكيفها القانوني "ومن المبادئ ذات الدلالة الخاصة في هذا الصدد: " أن للإدارة حرية تقدير أهمية الحالة والخطورة الناجمة عنها . ففي شأن إخلال الملتزم بالتزاماته العقدية وتقدير الجزاء الذي تراه مناسبا في حدود النصاب القانوني المقرر ورقابة القضاء الإداري لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التي تكون ركن السبب تجد حدها الطبيعي في التحقق مما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار في هذا الشأن مستخلصه استخلاصا سائغا من أصول تنتجها ماديا أو قانونيا فإذا كانت منتزعة من غير أصول موجودة أو كانت مستخلصه من أصول لا تنتجها أو كان تكيف الوقائع على فرض وجودها ماديا لا تنتج النتيجة التي يتطلبها القانون كان القرار فاقدا ركنًا من أركانه وهو ركن السبب ووقع مخالفا للقانون .^(٥٠٠)

* ركن المحل : يكون محله قطع العلاقة التعاقدية بين الملتزم والإدارة - وهنا تتجلى سلطة الإدارة التقديرية في تقدير مناسبة الإجراء المتخذ مع الوقائع التي دفعت إلى اتخاذه أي تناسب المحل مع السبب فيما يتعلق بالجزاءات التي توقعها الإدارة على الملتزم فهي تملك بحرية تامة سلطة اختيار الجزاء المناسب من بين الجزاءات

^(٥٩٩) المجموعة الرسمية السنة الثانية ص ٢١٠ .

^(٥٠٠) المجموعة الرسمية السنة الأولى ص ٦٨٧ وانظر أ.د. محمود سامي جمال الدين قضاء الملاءمة والسلطة التقديرية للإدارة دار النهضة العربية ١٩٩٢ ص ٩٨ ود. ناصر سيف الشمسي رسالة دكتوراه جامعة عين شمس علم ٢٠٠١ ص ٤١٢ " الوقف عن العمل وسلطة الإدارة في القانون " دراسة مقارنة " ، أ.د. محمود عاطف البنا " الوسيط في القضاء الإداري " دار الفكر العربي ١٩٩٥ ص ٢٦٥ أ.د. محمود حلمي " قضاء الإلغاء " دار الفكر العربي ١٩٧٧ ص ١٦٧

التي حددها المشرع وأيضاً في مواجهة الأخطار التي تهدد سير مرفق الامتياز بالتوقف.

ويقدر مجلس الدولة جسامه الجزاء الموقع على المتعاقد ، ولا تقتصر رقابته على التحقق من الوجود المادي والقانوني للجزاء وأسبابه ، بل تمتد الرقابة إلى موازنة مدى تناسب الجزاء مع خطورة الأسباب التي تبني عليها ، لذا فإن القاضي يحكم بعدم مشروعية الجزاء المبالغ فيه، إذا كانت الوقائع المنسوبة للملتزم لا تمثل طابعاً جسيماً من الخطورة يكفي لتبرير الجزاء ، أو أن يحكم بإحلال جزاء أخف محل جزاء الإسقاط مثلاً، ولل قضاء الإداري أن يبسط رقابته على عنصر الملاءمة ذاته باعتباره قضاءاً إنشائياً ويضع قاعدة قانونية يشترط فيها أن يكون الإجراء ضرورياً ولازماً ومتناسباً مع أهمية الوقائع التي تدعو الإدارة لاتخاذها . (٥٥١)

رابعاً : رقابة الغلط البين أو الغلو في التقدير :

تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي بعد الحكم في قضية العمدة "Comino" حيث بسط رقابته فأصبحت تشمل إلى جانب رقابة المشروعية والملاءمة رقابة الغلط البين في التقدير على سائر قرارات الجهات الإدارية عامة المقيدة منها وغير المقيدة، استناداً إلى فكرة الغلط البين في التقدير ، والتي تمكن المجلس أن يواجه بها امتناعه عن التكييف القانوني للوقائع ، ولينفذ إلى : تقدير الإدارة للوقائع واختيارها لقراراتها، ذلك بعد أن استمر المجلس زمناً طويلاً تحده قاعدة عامة مناهضة احترام سلطة الإدارة في بحث الوقائع وتقديرها مثلما تحترم محكمة النقض هذا الاختصاص لمحكمة الموضوع (٥٥٢) اعتباراً بأن مجلس الدولة هو الآخر قاضي قانون وليس قاضي واقع.

(٥٥١) ولزيد من التفاصيل أنظر أستاذنا الدكتور رمضان محمد بطيخ في مؤلفه "الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها" - الناشر دار النهضة العربية ١٩٩٢ ، ويراجع مؤلف أستاذنا المرحوم محمد كامل ليلة في الرقابة على أعمال الإدارة المرجع السابق ص ٧٤ وما بعدها .

(٥٥٢) يراجع الموضوع بتوسع في رسائل الدكتوراه " الرقابة على الوقائع في قضاء الإلغاء " جامعة الإسكندرية علم ١٩٦٣ د/ السيد إبراهيم رجب ص ١١ ، د/ محمد حسين عبد العال " فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء " جامعة القاهرة ١٩٧١ ص ٥ ، د/ عصام عبد الوهاب البر زنجي " السلطة التقديرية والرقابة القضائية - جامعة القاهرة ١٩٧٠ ص ٢٧٢ ، د/ علي سمير صفوت " مجلس الدولة قاضي الوقائع مجلة مجلس الدولة س ٥ / ١٩٥٤ ص ٣٢٩ .

ولهذا فإن المجلس في قضية العمدة "Comino" ^(٥٥٣) لم يستطع أن يتجاهل بأن الغلط في الوقائع يؤدي إلى غلط في القانون ، ومن ثم يصبح الجزاء الموقع غير مبرر وينطوي على غلط بين في التقدير أو الغلو فيه .

هذا ولم يكن الفقه الإداري الفرنسي بمعزل عن هذا الاتجاه بل إن دوره كان ممهدا ومواكبا فأظهر عدم كفاية وسائل الرقابة القضائية العادية حيال التطور المتنامي لدور الدولة وتدخلها في مختلف الأنشطة الاقتصادية والاجتماعية وما استتبعه ذلك من التوسع في السلطة التقديرية للإدارة - ولهذا طالب الفقه بمد سلطة رقابة المجلس حتى يلاحق هذا التطور على نحو يوفق بين الاحتفاظ للإدارة بسلطانها التقديرية من ناحية ، وحماية مصالح الأفراد وحياتهم من ناحية أخرى .

وقد تطورت فكرة الغلط البين في التقدير حتى أصبحت نظرية فقهية وقضائية وطيدة الأركان راسخة البنيان تسهم في توسيع قاعدة الشرعية، ورقابة القضاء على أعمال الإدارة ، وفي تقدير ملائمة القرارات أي اختيار القرار ثم امتدت في ربع القرون الأخير لتشمل كافة أنشطة الإدارة .

وفي مصر لم يكن مجلس الدولة بمعزل عن ذلك ، وإن لم يستعمل تعبير الغلط البين صراحة، لكنه أعمل مضمون ونتائج النظرية فسي مجالات الضبط الإداري ، والوظيفة العامة، والمسائل الفنية وتقدير الضرائب العقارية ، والتعويض عن القرارات الإدارية ، وتلك المتعلقة بقيد الطلاب بسنوات الدراسة الجامعية ، ولأول مره ظهر اتجاه المحكمة الإدارية العليا ^(٥٥٤) حيث قالت : " إنه ولئن كان للسلطات التأديبية سلطة تقدير خطورة الذنب الإداري وما يناسبه من جزاء بغير تعقيب عليها في ذلك

^(٥٥٣) الحكم الصادر في ١٤ يناير ١٩١٦ في قضية العمدة "COMINO" الذي فصل بحجة أنه لم يوفر الاحترام اللازم لجنائز - فألقى المجلس قرار فصله لأن الاقام لا أساس له من الواقع وجاء في حيثيات الحكم " أن المجلس يملك البحث في ماديات الوقائع .. وإذا تحقق من الوجود المادي للوقائع فمن حقه أن يبحث فيما إذا كانت هذه الوقائع تبرر قانونا توقيع الجزاء المتخذ بحق العمدة " - ولم يقتصر مجلس الدولة في ملكه هذا على قرارات الفصل بل عمم هذا المسلك بالنسبة لسائر القرارات الإدارية. انظر د/ عصام عبد الوهاب رسالة الدكتوراه المرجع السابق ص ٢٧٢ وانظر مقال الدكتور / يحيى الجمل بعنوان " رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط البين للإدارة في تكيف الوقائع " مجلة القانون والاقتصاد ١٩٧١ العدد ٤، ٣ ص ٤٠٥ وما بعدها .

^(٥٥٤) حكمها الصادر في ١١/١١/١٩٦١ وانظر " نظرية الغلط البين في التقدير " للمستشار الدكتور محمود سلامة ص ٤١٩ وما بعدها بدون تاريخ دار النهضة العربية القاهرة .

إلا أن مناط مشروعيه هذه السلطات شأن أي سلطة تقديرية أخرى ألا يشوب استعمالها غلو، ومن صور هذا الغلو عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة خطورة الذنب الإداري ومقداره ففي هذه الصورة تتعارض نتائج عدم الملاءمة الظاهرة مع الهدف الذي يبتغيه القاتون من التأديب.

وقد اعتمد القضاء الإداري بمجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر المعيار الموضوعي لنظرية الغلط البين والغلو في التقدير بما مؤداه أن التقدير الإداري يكتنفه شرط ضمني مؤداه ألا يكون مشوبا بغلط بين، وقد استطاعت نظرية الغلط البين - في تطورها - أن تقدم أخيرا حولا قضائية للمشاكل العملية التي واجهت مجلس الدولة الفرنسي في مجال تحقيق التوازن بين حقوق الإدارة وحقوق الأفراد - مما يصدق أعماله في تحقيق التوازن المالي والاقتصادي في الحقوق والالتزامات بين الإدارة والملتزم بحيث يبقى مرفق الامتياز مستمرا في سيره يؤدي خدماته للمنتفعين به بانتظام واطراد فيظل العقد بمنأى عن الخلل والتوقف .

المطلب الثاني

رقابة القضاء مدى استيفاء قرار إنهاء الامتياز

شروط التسبب واتخاذ الإجراءات التمهيدية

حين يستوجب القانون تسبب القرار الإداري واتخاذ إجراءات معينة ، فإن إهمال التسبب وعدم استيفاء القرار شرط اتخاذ إجراء لازم قبل إصداره يرتب بطلان القرار وذلك على التفصيل الآتي:

أولاً : الإجراءات التمهيدية واخذ الرأي مقدماً : (٥٥٥)

(١) الإجراءات التمهيدية : يفرض المشرع على الإدارة قبل إصدار قرار معين اتخاذ إجراءات تمهيدية ، كإعلان ذي الشأن لسماع أقواله ، أو إجراء تحقيق ، أو إتمام بعض إجراءات العلانية.... الخ ، لذا يتعين في كل هذه الحالات إتمام هذه الإجراءات قبل إصدار القرار ، ولمجلس الدولة الفرنسي قضاء غني يدل على مسلكه في هذا الصدد - فلا يكتفي المجلس بأن تسمح الإدارة للموظف بالاطلاع على الملف ، وجميع الوثائق التي تهمه . بل يجب أن تمنحه المدة الكافية لذلك ، وأن يكون في وضع يسمح له بالاطلاع مكاتياً وجسماتياً ، - فلم يتقبل المجلس من الإدارة أن تطلب من موزع بريد يقطن الجزائر الحضور إلى باريس للاطلاع على ملفه (٥٥٦) بل ولا يعتبر الاطلاع متحققاً إذا ما أتيح للموظف في مكان عمله وكانت حالته الجسمانية والذهنية لا تمكنه من الاطلاع على الوجه المطلوب.

ومن هذا القبيل حكم مجلس الدولة المصري الصادر في ٩ مارس سنة ١٩٥٤ السنة الثانية ص ٩٠٠ الذي يقول فيه " إن القانون ٢١٠ لسنة ١٩٥١ يوجب سماع أقوال الموظف ، وتحقيق دفاعه قبل توقيع الجزاء عليه ، ومن ثم يكون باطلاً

(٥٥٥) تراجع مؤلف الدكتور العميد الطماوي - النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنه الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٤ ص ٢٤٤ وما بعدها - الناشر دار الفكر العربي.

(٥٥٦) حكمه الصادر في ١٨ ديسمبر سنة ١٩٣٦ في قضية « Herloux »

« Lorsque le requérant fut anrîte a prendre communication de son dossier etait dons un etat physique et mental qui me lui permettait pas de prendre utilement connaissance des pieces mises a sa disposition »

كل جزاء يوقع على موظف لم يواجه بالتهمة المنسوبة إليه، ولم تسمع أقواله عنها، ولم يحقق دفاعه فيها".

وقضاء مجلس الدولة غنى في إرساء مجموعة من المبادئ القانونية فيما يتعلق بضرورة احترام الإجراءات التي فرضها القانون قبل اتخاذ القرار الإداري ورتب جزاء البطلان حالة إغفال أي من الإجراءات التمهيدية والسنن المتبعة في المراحل التي رسمها ونظمها المشرع في كل حالة^(٥٥٧)، وكذلك في حالة منح المشرع مهلة محددة للأفراد قبل صدور القرار ليعيدوا فيها أنفسهم لمواجهته، وحينئذ يتعين احترام تلك المدة، وكذلك حين تمنح الجهة الإدارية مده معينة لاتخاذ الإجراء خلالها فلا يجوز قبول الإجراء بعد انتهاء الميعاد فهو ميعاد سقوط.^(٥٥٨)

٢- أخذ الرأي مقدما: يفرض المشرع على الإدارة قبل إصدار قرار معين استشارة فرد أو هيئة من الهيئات حينئذ يتعين القيام بهذه الشكلية قبل إصدار القرار حتى ولو كان الرأي في ذاته غير ملزم لها، ولمجلس الدولة المصري قضاء غنى في هذا الصدد، ويترتب على إغفال الإدارة هذا الإجراء إهدار الضمانات التي يكفلها القانون للأفراد مما يعيب القرار ويبطله ويكون خليقا بالإلغاء لعيب في الشكل.^(٥٥٩)

واستقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أنه إذا كان القانون قد أوجب الحصول على عدة آراء متتالية، فيجب إتباع التسلسل الذي نص عليه القانون وإلا جاء القرار باطلا، وبأن يكون الرأي متعلقا بالموضوع الذي صدر في شأنه القرار، وبالتالي تكون الاستشارة في جزء منه فقط مؤديه إلى بطلان القرار، وإذا استلزم المشرع أخذ رأي موظف معين - فلا يغنى عن ذلك أخذ رأي رئيسه^(٥٦٠) وللسلطة التي تملك إصدار القرار الإداري مراجعة الهيئة الاستشارية، وإذا كان رأيها ملزما فعلى مصدر القرار أن يتقيد بآخر رأي لها، واستنادا إلى "قاعدة تقابل

^(٥٥٧) حكمه الصادر في ٢٨ مايو سنة ١٩٣٧ في قضيه «*Metors*» المجموعة ص ٥٣٦.

^(٥٥٨) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ٦ يناير سنة ١٩٦٠ ص ٥ ص ١٧٩ وحكمها الصادر في ١٩ يناير ١٩٦٣ ص ٨ ص ٥٤٢ وحكمها الصادر في ١٦ أبريل ١٩٦٣ ص ٨ ص ٩٨٧ وحكم محكمة القضاء الإداري في ١٣ مارس ١٩٥٨ ص ١٢-٣ ص ٨٨، وحكم الصادر في ٥ أبريل سنة ١٩٥٣ ص ٧ ص ٨٢٧ مجموعة أحكام المجلس

^(٥٥٩) الإدارية العليا في حكمها الصادر في ٣٢ مارس ١٩٦٣ ص ٨ ص ٨٩٩ وفي ٢٦ فبراير سنة ١٩٧٢ ص ١٧ ص ٢٧٤.

^(٥٦٠) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٦٩.

الإجراء "La régle du parallélisme de forme" فإن القرار الذي يصدر بناء على استشارة هيئته معينه لا يجوز إلغاؤه إلا بعد استشارة ذات الهيئته.

ثانياً: - تسبب القرار الإداري :

بتاريخ ١١ يوليو ١٩٧٩ أصدر المشرع الفرنسي قانوناً يعمل به من ١١ يناير ١٩٨٠^(٥١١) - استوجب فيه تسبب جميع القرارات الفردية التي تلحق ضرراً بالأفراد

^(٥١١) لقد كان ما تقدم يمثل الوضع السائد في فرنسا قبل صدور قانون ١١ يولييه ١٩٧٩ المعلق بتسبب القرارات الإدارية وتحسين العلاقة بين الإدارة والجمهور.

Relative a la motivation des actes administratifs et a lamelioration des relations entre l'administration et le public.

، وبالنظر لأهمية هذا القانون فإننا نورد نصوصه فيما يلي :

Le Loi no79-587 du 11 juillet 1979 relative ala motivation des actes administratifs et a lamelioration des relations entre l'administration et le public. Art ,ler ,les personnes physiques ou morales ont le droit d'etre informées sans de lai des motifs des decisions administratives individuelles defavorables qui les concernent .A cet effet doivent etre motivees les decisions qui :Restreignent l'exercice des libertés publiques ou de manière gènèralc consituent une mesure de police:

a) infligent une sanction .

B)subordonnent loctroi dune autorisation a des conditions restrictives ou imposent des sujétions

c)retirent ou abrogent une decision creatrice de doroit;

d)opposent une prescription .une forclusion ou une decheance.

e)Refusent un avantage don't lattribution constitue un droits pour;

f)Les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir L.no 86-76 du 17 jany 1986- Aefusent une autorisation sauf lorsque la communication des motifs pourrait etre de nature a porter atteinte a lun des secret ou interets par les disposition des deuxieme a cinquieme alineas de l'article 6 de la loi no. 78-753 du 17 juillet 1987 portant diverses mesures damelioration des relations entre l'administration et le public'.

2)Doivent également être motivées les décisions administratives individuelles qui derogent aux regles générales fixees par la loi ou le reglement.

3)La motivation exigee par la present loi doit etre ecrite et comporter lenonce des consideration de droit et de qui constituent le fondement de la decision

4)Lorsque l'urgence absolue a empêche qu'une decision soit motivee le defaut de motivation nentache pas dillegalite cette decision toutefois ,si linteresse en fait la demandé .L.no 86-76du 17 jany 1986. 'dans les dlais du recoure contentieux'. lautorite qui a pris la decision devra,dans un delai dun mois,lui en communiquer les motifs.LES dispositions de la presente loi ne derogent=

وأدى هذا القانون إلى قلب القاعدة التقليدية رأساً على عقب، فتسبب القرارات الإدارية أصبح أمراً لازماً لسلامة القرار الإداري ، ومن أنجح الضمانات للأفراد لأنه يسمح لهم مراقبة مشروعية تصرف الإدارة ، وحتى يحقق التسبب الغرض المنوط به يجب أن يكون واضحاً بدرجة تمكن من تفهمه ورقابته وأن يحتوى القرار في ذاته على أسبابه "Directement motises" أما الإحالة إلى قرار آخر أو إلى وثيقة أخرى فليس ذلك كافياً. (٥١٢)

وتقول محكمة القضاء الإداري "اتجه الفقه والقضاء في فرنسا إلى اعتبار القرار الإداري المبني على أسباب عامه أو غامضة أو مجهله قراراً خالياً من الأسباب وكذلك إذا اشترط القانون إيراد الأسباب ولم ترد الأسباب في القرار". (٥١٣)

=pas aux textes législatifs interdisant la divulgation ou la publication de faits couverts par le secret.

5) Une décision implicite dans les cas où la décision explicite aurait dû être motivée n'est pas illégale du seul fait qu'elle n'est pas assortie de cette motivation. Toutefois, à la demande de l'interessé, formulée dans les délais du recours contentieux, les motifs de toute décision implicite de rejet doivent lui être communiqués dans le mois suivant cette demande. Dans ce cas, le délai du recours contentieux contre ladite décision est prorogé jusqu'à l'expiration de deux mois suivant le jour où les motifs lui auront été communiqués.

6) Les organismes de sécurité sociale et les institutions visées à l'article 2-L351-21 du code du travail doivent faire connaître les motifs des décisions individuelles par lesquelles ils refusent un avantage dont l'attribution constitue un droit pour les personnes qui remplissent les conditions légales pour l'obtenir (L. n° 86-76 du 17 janv. 1986) "L'obligation de motivation se tend aux décisions par lesquelles les organismes et institutions visés à la ligne précédente refusent l'attribution d'aides ou de subventions dans le cadre de leur action sanitaire et sociale"

7) Des décrets en Conseil d'Etat précisent, en tant que de besoin les catégories de décisions qui doivent être motivées en application de la présente loi.

8) a 10 V.L. n° 78-753 du 17 juill. 1987, art 1er, 6bis et 7, infra, Services publics.

9) Les dispositions des articles 1er à 4 ci-dessus entreront en vigueur à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi. celles de l'article 6 entreront en vigueur à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi.

(٥١٤) حكم المجلس الصادر في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٤٨ في قضية "Nectaux" وفي ٢٥ أبريل في

قضية "Meurillon" (الطعن رقم ١٢٦٥ س ٥١ ق جلسة ٣٠-١٠-١٩٨٥)

(٥١٥) يراجع مؤلف أستاذنا العميد الدكتور الطماوي "النظرية العامة للقرارات الإدارية" المرجع السابق ص ٢٤٢ وما بعدها حكمها الصادر بتاريخ ٤ مارس ١٩٥٦ - (السنة ١٠ ص ٢٢٢).

وإذا كان المشرع يوجب التسبب فلا يكفي أن يكون التسبب مجرد تكرار لمعنى القرار لأن أسباب القرار غير محله وأهدافه، ويعد كل منهما ركنا مستقلا وقائما بذاته لذلك يتعين أن يكشف التسبب عن دوافع القرار الإداري، ومن ناحية أخرى فإن التسبب كما يرد على مزاولة الاختصاص المقيد يرد على استعمال الاختصاص التقديرى سواء بسواء فجوهر التسبب وحدوده واحدة في الحالتين .

وتعفى الإدارة من تسبب قرارها في حالة الاستعجال المطلق "L'urgence absolue" ومن حق صاحب الشأن أن يطلب في خلال مدة الطعن القضائي على قرار الإسقاط ، الاطلاع على أسباب الجزاء، وعلى الإدارة أن تجيبه على طلبه في خلال الشهر التالي لتقديم طلبه ، ويرتبط بالتسبب ضرورة إبلاغ الملتزم بقرار الإسقاط لإمكان الاحتجاج به في مواجهته وحتى يستطيع الدفاع عن مصالحه . (٥٦٤)

ومن المبادئ القانونية التي تضمنتها فتاوى الجمعية العمومية وأحكام محكمة

القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا بشأن إنهاء عقد الامتياز:

" للحكومة إذا شاعت أن تقرر إسقاط التزام ، ومصادرة التأمين المدفوع أن يكون ذلك بقرار من الجهة المختصة ، وتعلن الحكومة بعد قرار الإسقاط عن مزايدة لبيع مرفق الامتياز ومعداته وفقا لأحكام عقد الامتياز تمهيدا لاختيار ملتزم جديد ، وإذا رأت أن المصلحة العامة تقتضي استمرار سير المرفق العام أثناء المدة التي تستغرقها إجراءات المزايدة ، فتكون إدارة المرفق بمعرفتها وتحت مسؤوليتها حين إتمام المزايدة " (الفتوى رقم ٣١ بتاريخ ٢٨/١/١٩٥٣) (٥٦٥) .

" أن إسقاط التزام مرفق الكهرباء والغاز بمدينة الإسكندرية عن شركه ليون وشركاه إنما يرد لخطئها ، ومن ثم لا يستحق أي تعويض عنه ما دام الإسقاط على سبيل الجزاء ، اعتبار الإسقاط بمثابة تقصير لمدة الالتزام أو تقرب لميعاد انتهائه ،،، اختلاف الحكم بالنسبة إلى حقوق الشركة وأموالها (السائلة والنقدية) أيلولتها مقابل قيمتها الحقيقية منظورا إليها من زاوية إمكان تحصيلها وعدم اعتبارها من

(٥٦٤) الدكتور صلاح عبد البديع المرجع السابق ص ١١٢ وما بعدها .

(٥٦٥) انظر موسوعة العقود الإدارية-المستشار حمدى ياسين عكاشة المرجع السابق ص ٥٧٦ وما بعدها .

عناصر المرفق التي تؤول للسلطة العامة طبقا لطبيعة الالتزام لأن هذه الأموال مملوكة ملكية خاصة في تاريخ الإسقاط " (فتوى رقم ٦٠٩ في ١٥/٦/١٩٦٣) .

" سحب الالتزام أو إسقاطه كلاهما من الألفاظ المرادفة لمعنى واحد هو رفع
يد الملتزم عن إدارة المرفق قبل انتهاء مدته حق ماتح الالتزام في الاستيلاء على
الأدوات اللازمة لإدارة المرفق جبرا عن الملتزم الحق في الإسقاط قائم إذا اختل
المرفق اختلالا كلياً أو جزئياً ، أو ارتكب الملتزم مخالفات جسيمة أو تكرر إهماله
وجوب إنذار الملتزم قبل توقيع هذا الجزاء ، " (المحكمة الإدارية العليا الطعن رقم
١١٠-١٣ ق بتاريخ ٢٧/٢٣-١٩٧٧/١٢/٣٠) .

" انتهاء عقد امتياز شركة سكك حديد وجه بحري بعد إسقاط الالتزام لإخلال الملتزم بالتزاماته العقدية ، فإن المرفق العام يؤول إليها باعتبارها السلطة ماثحة الالتزام والمسئولة أصلا عن تقديم خدماته للجمهور وليس بوصفها خلفا للملتزم ، لا تتحمل الدولة بديون الملتزم وصدر الحكم بإلزام الشركة بأداء مبلغ قبل انتهاء عقد الامتياز وأيلولة المرفق للدولة ، ولا حجية له على الهيئة العامة للسكك الحديدية التي آل إليها المرفق لأنها لم تكن طرفا في الخصومة الصادر فيها الحكم " (الفتوى رقم ٣٩٤ في ٥/٤/١٩٨٨ جلسته ١٦/٣/١٩٨٨ - ٤١، ٤٢/٤٢٦/٨١٠) .

"على الإدارة التزام قانوني بأن تعمل بحسن نية على تنفيذ الأحكام الصادرة بالإلغاء تنفيذا كاملا وهي تتمتع في هذا الشأن بسلطة تقديرية في تحديد الوقت المناسب أو الملائم لاتخاذ ما يلزم من إجراءات لتنفيذ تلك الأحكام ومن ثم إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرارات الملغاة ، إلا أن ذلك لا يعنى من ناحية أخرى أن الإدارة طليقة من كل قيد ، إذ يجب عليها كما تقول محكمة القضاء الإداري - في حكمها الصادر في ١٩٥٠/٥/٢٦ : " أن تقوم الإدارة بتنفيذ الأحكام في وقت مناسب من تاريخ صدورها وإعلائها فإن هي تقاعست أو امتنعت دون وجه حق عن التنفيذ في وقت مناسب اعتبر هذا الامتناع قرارا سلبيا مخالفا للقانون يوجب لصاحب الشأن حقا في التعويض " (٥٦٦)

(٥٦٦) مجموعة الأحكام السنة الرابعة ص ٩٥٦ بند ٣٠٣.

وأن الحكم على الموظف الممتنع عن تنفيذ الأحكام الإدارية بالتعويض لا يعفيه من المسؤولية الجنائية التي ورد ذكرها بالمادة ١٢٣ من قانون العقوبات ومن صدر الحكم لصالحه يستمد حقه مباشرة من ذات الحكم وليس من القرار التنفيذي، ولا تملك الإدارة سلطه تقديرية إنما تلتزم بمنطوق الحكم فلا تجاوزه، فالقرار الإداري هو مجرد إجراء مادي بحث لإزالة القرار الإداري الملغى تنفيذا للحكم بصيغته التنفيذية، وعلى رجال الإدارة العامة وعلى رؤسهم الوزراء ورؤساء المصالح والهيئات العامة تنفيذ الأحكام وإجراء مقتضاه " (٥٦٧).

(٥٦٧) لزيد من التفاصيل مؤلف أ.د. /مصطفى كمال وصفي "أصول إجراءات القضاء الإداري" ١٩٧٨- القاهرة وأ.د. رمضان محمد بطيخ في مؤلفه "القضاء الإداري" الطبعة الثانية ٢٠٠٠ دار النهضة العربية ص ٨٠٩ ومؤلف أ.د. /حسني سعد عبد الواحد " تنفيذ الأحكام الإدارية ١٩٨٤ ص ٤٨٣ وما بعدها " .

الفصل الثالث

" أحكام التصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام "

« Liquidation de la concession »

نتناول دراسة أحكام التصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام ، والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* في ثلاثة مباحث على النحو التالي: (٥٦٨)

المبحث الأول

مصير الأموال والأدوات المستعملة في المرفق العام.

المبحث الثاني

تصفية الحسابات بين الإدارة والملتزم.

المبحث الثالث

أحكام التصفية المالية لعقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

(٥٦٨) يراجع في خصوص هذا الموضوع مؤلف أستاذنا العميد الدكتور/ الطماوى ص ٧٣٧ في العقود المرجع السابق وما بعدها- ومؤلف أستاذنا الدكتور/ محمد سعيد حسين أمين في أحكام الانقضاء المرجع السابق ص ١٢٧ وما بعدها

مصير الأموال المادية المتعلقة باستغلال المرفق العام

« *Dépendant de l'exploitation Sort des biens matériels* »

يستعمل الملتزم في سبيل إعداد المرفق محل الالتزام أنواعا مختلفة من الأموال منها العقارات - كالمباني ومحطات القوى، و السكك الحديدية، والأنفاق والكباري والمطارات ٠٠٠ الخ ومنها المنقولات كالسيارات، والمواد الخام اللازمة للاستغلال وأجزاء من الدومين العام تكون الإدارة قد وضعتها تحت تصرف الملتزم - كشغل جانب من الطريق أو مد أسلاك فوقه أو حفر أنفاق ٠٠٠ الخ.

وليس ثمة قاعدة قانونية مسلم بها تقضي بأيلولة تلك الأموال مجاتا إلى الدولة عقب نهاية الامتياز، وتحتوي عقود الامتياز في فرنسا ومصر نصوصا تقضي بأيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجاتا أو عن طريق الشراء وما لم ينص عليه العقد يبقى ملكا للملتزم (٥٦٩)

وفيما يلي بيان حكم كل نوع من هذه الأموال :

الأموال التي تقول إلى الدولة مجاتا : « *Biens de retour* » وهي الأموال التي تعتبر كلا غير قابل للتجزئة فيما يتعلق باستغلال المرفق وينبغي النص عليها صراحة في العقد، وتشمل هذه الأموال العقارات المستغلة في المشروع كالأراضي والمصانع والطرق والعقارات بالتخصيص. وقد ينص العقد على إدراج بعض

(٥٦٩) وبهذا المعنى أفتت إدارة الفتوى لمصلحة السكك الحديدية في ٤ يونيو ١٩٥٥ بقولها: لا يتضمن القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامة نصا صريحا. يقضي بأيلولة موجودات المرافق العامة التي تدار بطريق الالتزام إلى الدولة بدون مقابل عند انقضاء مدة الامتياز، وما نصت عليه المادة الثانية من هذا القانون من أنه " لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية من أرباح... (نص المادة) لا يكفي وحده لتقرير حق الدولة في الاستيلاء دون مقابل على موجودات المرفق في نهاية مدة الالتزام. ذلك أن ما ذهب إليه المشرع من خصم مقابل استهلاك رأس المال من الأرباح التي يغلها المرفق، لا يعدو أن يكون تقريرا للقواعد العامة في الاستغلال التجاري. أما تنظيم كيفية أيلولة موجودات المرافق العامة عند نهاية مدة الالتزام فأمر موضوعي محض يعين الاتفاق عليه سلفا بين السلطة مانحة الالتزام والملتزم، ومن ثم فلا وجه لانتقال الملكية للحكومة بالجمان. ما لم يقم على ذلك نص في عقد الالتزام، وقد أفتى قسم الرأي مجتمعاً بهذا المبدأ في فتياه الصادرة في ٢٣ مارس ١٩٥٥ بقوله " وعند أيلولة المرفق لجهة الإدارة تقول تبعاً له كافة المنشآت والموجودات التابعة له، واللازمة لسيره سواء نص في عقد الالتزام على أيلولتها أو لم ينص، وتكون هذه الأيلولة مقابل التعويض اللازم ما لم ينص في عقد الالتزام على أيلولة هذه الأشياء بدون مقابل.

المنقولات في قائمة الأموال التي تتول إلى الدولة مجاتا - كالعربات في مرافق النقل بالسكك الحديدية أو السيارات أو الترام أو قطع الغيار أو غير ذلك من الأدوات.

وتحتوي عقود الامتياز عادة على شروط مفصلة بالتزامات المتعاقد الخاصة بصيانة تلك الأموال والأدوات - بحيث تسلم بحالة جيدة وصالحة للاستخدام في نهاية المدة ومن المسلم أن الالتزام بصيانة تلك الأموال مقرر ولو لم ينص عليه صراحة في العقد وللإدارة حق خصم المبالغ اللازمة لإصلاح الأدوات التي قصر الملتزم فسي صيلتها من مستحقاته عند تصفية الحساب النهائي .

الأموال التي يحق للدولة أن تشتريها : « Beines de reprise » تستطيع الدولة شراء الأموال المنقولة التي تعتبر كلا لا يتجزأ فيما يتعلق باستغلال المشروع وتحدد شروط العقد حرية الإدارة في شراء هذه الأموال ، فقد تتمتع الإدارة برخصة الشراء من عدمه ، وفي أحيان أخرى تلتزم بشراء ما يحدده العقد من تلك الأموال ، و الأسس التي يقوم عليها تقدير ثمنها.

الأموال التي تبقى ملكا للملتزم : « Biens demeurant la protriete du concessionnaire » : يحدد عقد الامتياز وفي الوثائق الملحقة الأموال التي تؤول إلى الإدارة عند انقضاء المدة ، وما عداها يكون ملكا للملتزم.

المبحث الثاني تصفية الحسابات بين الملتزم و الإدارة « Règlements financiers »

يعتمد الملتزم غالبا على الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين في سبيل تغطية ما ينفقه على تشغيل المرفق وما يعول عليه من ربح ، ولهذا يثير انقضاء الامتياز مسألة هامة تتعلق بتصفية الحسابات بين الإدارة والملتزم حين ينتهي عقد الامتياز نهاية مبسرة، في الوقت الذي تكون الإدارة قد تعهدت في مواجهة الملتزم بأن تضمن له حدا أدنى من الربح ، أو تكون الإدارة قد تسببت بتصرفاتها في تحميله بعض الأعباء ، وفي بعض الأحوال قد يكون الملتزم مقصرا في صيانة الأموال وتجديد المعدات والمنشآت التي تؤول إلى الدولة في نهاية الامتياز ، وكذلك في حالة عدم قيام الملتزم بسداد الإتاوة المستحقة للدولة ... الخ ، فهذه الأمور وغيرها تقتضي تصفية الحساب على أساس المقاصة بين حقوق الطرفين.

هذا وقد تناولنا في الفصل الأول دراسة أساليب تعويض الملتزم في حالات الاسترداد التعاقدي ، وفي حالات الاسترداد غير التعاقدي فالتقاضي يملك سلطة تقديرية واسعة في تقدير التعويض ، أما في حالة الاسترداد التشريعي فإن القرار الصادر في شأنه يتكفل بتحديد مقدار التعويض المستحق وميعاد سداؤه،،،،، والمبدأ الذي يحكم التصفية بصفة عامة يتمثل في الأساس التعاقدي الذي يتم من خلاله تطبيق أحكام وشروط العقد (أو الاتفاق) اعتبارا بأن النصوص الواردة في عقد الامتياز ذات طبيعة تعاقدية ملزمة لطرفي الرابطة العقدية، وعليه تكون مهمة القضاء إعمال تلك النصوص والالتزام بأحكامها وفقا للنية المشتركة للمتعاقدين .

وفي جميع الأحوال يتولى أهل الخبرة في فترة التصفية مهام أعمالهم الفنية والمحاسبية والقانونية ، من أجل تقدير وتقييم كافة العناصر ذات الصلة وذلك بهدف تحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين تمهيدا للبت فيها اتفاقا أو قضاء.

المبحث الثالث أحكام التصفية المالية لعقد الامتياز بنظام الـ B.O.T.

وضع القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ قاعدة قانونية جديدة تخص عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. وتقضي هذه القاعدة بأيلولة المطارات وأراضي النزول والمنشآت والأجهزة والمعدات للدولة - فقد نصت المادة (٤) من القانون ٣ لسنة ١٩٨٧ بشأن التزامات المرافق العامة بأنه "يتعين على الملتزم المحافظة على المطارات وأراضي النزول محل الالتزام وما عليها من مبان ومنشآت ، وأجهزة ، ومعدات مخصصة للاستعمال وجعلها صالحة للاستخدام طوال مدة الالتزامات وتؤول جميعها إلى الدولة في نهاية الالتزام دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستعمال .

وقد تضمن العقد الأول الصادر بمنح التزام إنشاء وتشغيل وإعادة مطار مرسى علم بنظام الـ B.O.T. على قواعد وإجراءات تسليم المطار في حالتين :

الحالة الأولى : تسليم المطار بعد نهاية فترة الالتزام :

تنص المادة (٣) من العقد بالفقرة (د) تسليم المطار للمالك بعد نهاية فترة منح الالتزام بأن : يتعهد الملتزم بتسليم المطار بكافة الإنشاءات والتجهيزات والمعدات وقطع الغيار والخامات الموجودة على المساحة الكلية للمشروع إلى المالك دون مقابل وبحالة جيدة صالحة للاستخدام والتشغيل وبما يؤمن استمرارية العمل والتشغيل بالكفاءة المطلوبة دولياً وذلك وفقاً للإجراءات التي تم تحديدها والاتفاق عليها بالملحق (٣١).

يتعهد الملتزم بتأمين مسئوليته عما قد ينجم عن تنفيذ هذا العقد من هلاك أو أضرار قد تلحق بالمالك أو الغير من جراء ما يقوم به موظفوه أو المتعاقدون معه أو ما يغلون القيام به ، كما يلتزم كذلك بتأمين مسئولياته المتعلقة بالتعويضات التي يلتزم بها بمقتضى هذا العقد.

وقد ورد بالملحق (٣١) إجراءات وشروط وظروف نقل ملكية المطار قبل نهاية فترة الامتياز. (٥٧٠)

(٥٧٠) الوقائع المصرية - العدد ٢٦٤ (تابع) في ١٩ نوفمبر سنة ١٩٩٨ ص ٨٢ وما بعدها

(١) إشعار الامتداد: الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بموافقة صاحب الامتياز ، سيكون لها الحق في استمرار الاتفاق مع صاحب الامتياز لفترات إضافية بعد الفترة الأولى .. الهيئة المصرية العامة للطيران المدني ستقوم بإخطار صاحب الامتياز بنواياها لتجديد الاتفاق بمدته لا تقل عن ٣ سنوات قبل تاريخ انتهاء الاتفاق القائم أو تسليم المطار .. شروط وبنود مثل هذا الاتفاق الجديد سيتم الاتفاق المشترك عليها بين الهيئة المصرية للطيران المدني وصاحب الامتياز في حينه .

في نهاية فترة التشغيل المتفق عليها تعاقديا سيقوم صاحب الامتياز بتسليم المطار إلى الهيئة المصرية العامة للطيران المدني - عملية نقل ملكية المطار ستتخذ على مراحل انتقالية كما هو موضح أسفله.

(٢) أسلوب نقل الأبنية والمعدات: صاحب الامتياز سيقوم قبل عامين من تاريخ نقل ملكية المطار بتزويد الهيئة المصرية العامة للطيران المدني قائمة كاملة ومكتملة لكافة الأبنية المشيدة (المباني والممرات الجانبية ومناطق مواقف الطائرات) وتركيب المعدات وحتى تاريخ الفحص.

صاحب الامتياز سيقوم عندئذ بتزويد الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالتالي: قطع غيار لتغطية سنة تشغيل كاملة ، إجراءات كاملة للصيانة كما كان متوقعا في مستندات الصيانة لكافة التركيبات والمعدات.

(٣) أسلوب نقل الإدارة: قبل عام من تاريخ استلام المطار ستبدأ الهيئة المصرية العامة للطيران المدني إدارة الظل (غير الرسمية) للمراكز الرئيسية .. الهيئة المصرية العامة للطيران المدني ستقوم في إطار اتفاق ثنائي مشترك باشتراك الموظفين الرئيسيين لتعلم مهام ومسئوليات موظفي صاحب الامتياز والغرض من ذلك هو قيام الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بالتأكيد على انتقال ملكية المطار إليها بشكل فعال وسلس .. كافة الخدمات والمنشآت ستكون متاحة لموظفي الهيئة المصرية العامة للطيران المدني أثناء فترة الانتقال . موظفو الهيئة لن يكون لهم أية مسئوليات أو سلطات تجاه تشغيل وإدارة المطار بخلاف المسئوليات الموصوفة في مكان آخر في هذه الوثيقة .. انتقال المسئولية والسلطة يجب أن يتم فقط في وقت انتقال ملكية المطار للهيئة من صاحب الامتياز والهيئة سيكون لها الحق في توظيف ، أو عدم

توظيف أي من موظفي صاحب الامتياز أو المقاولين من الباطن أثناء فترة انتقال ملكية المطار وهي سنة واحدة ولكن الهيئة المصرية العامة للطيران المدني لن تتعاقد مع موظفين لدى صاحب الامتياز حتى تاريخ تسليم المطار وأثناء فترة الانتقال سيكون كل طرف مسئول عن نفقاته الخاصة به.

نقل الملكية : الهيئة المصرية العامة للطيران المدني وصاحب الامتياز سيتفقان بصفة مشتركة على تاريخ وزمن محدد لعملية التسليم النهائي للمطار ، تاريخ وزمن تسليم المطار يجب أن يقع خلال الأيام السبعة السابقة لانتهاؤ تاريخ الاتفاق في الوقت والتاريخ المحددين ، كافة المسئوليات التي ظلت باقية طرف صاحب الامتياز يجب أن تنتقل بكاملها إلى الهيئة دون انتظار ما لم يتم الاتفاق على ذلك بصفة مشتركة .. عندئذ سيقوم صاحب الامتياز بإخلاء كافة المنشآت فوراً.

المستندات التي تنقل عند تسليم المطار : العربات والمعدات والتركيبات ذات العمر الفني المحدود يجب أن يكون أداؤها على الأقل بنسبة ٥٠% المؤهلات الفنية وحالة التدريب الذي تلقاه الموظفون يجب نقلها لهيئة الطيران المدني.

كافة سجلات الموظفين والإداريين وسجلات التشغيل وسجلات الإحصائيات يجب أن تكون محدثة حتى الوقت الحاضر وكاملة ويجب أن تنقل للهيئة - العمليات المحاسبية يجب أن تكون مكتملة بطريقه تسمح بإغلاق متوسط للدفاتر أي تعطى الربح الواضح وبيان بالخسارة وأيضاً صورة الميزانية.

كافة العقود من الباطن والعقود الرئيسية الخاصة بالصيانة والتوريد والخدمات الخ.. والسارية حالياً بالنسبة للمطار.

ستقوم الهيئة المصرية العامة للطيران المدني بإصدار شهادة قبول نهائي خلال ٩٠ يوماً من التسليم أو خلال ٩٠ يوماً من إتمام أي من الأعمال المعلقة التي تظهر خلال إجراءات التسليم .

هذه الشهادة يجب أن تعفي صاحب الامتياز من أي التزامات وأيضاً من أي قيود وضمانات.

الحالة الثانية :الإتهاء بسبب القوة القاهرة :

تنص المادة (١٢) من العقد" للمالك أن يختار إتهاء الاتفاق نتيجة القوة القاهرة وعليه أن يعوض الملتزم عن ما لحقه من خسارة من جراء ذلك الإتهاء ،وكذلك عن جميع المطالبات التي قد توجه للملتزم من أي أطراف يكون قد لحقها ضرر من جراء ذلك وعلى الملتزم أن يتنازل للمالك عن كافة حقوقه على هذا المشروع قبل الغير.

هذا وقد تناولنا في الباب الثاني دراسة حق الملتزم في التعويض ومداه في عقد الامتياز والامتياز بنظام الـB.O.T.

تقدير وسيلة الالتزام (أو الامتياز) في مصر"

أولاً : الامتياز في مرحلة النظام الاشتراكي (القطاع العام) : (٥٧١)

تناول أستاذنا العميد الدكتور / الطماوى تقدير الالتزام بالقول " أن الالتزام وسيلة من وسائل الرأسمالية في الإدارة لتسيير المرافق العامة " ، ولهذه الوسيلة مزايا تنحصر :

١) تمتاز هذه الوسيلة بتحررها إلى حد كبير من قيود الإدارة المباشرة وتعقيدها وما تستتبعه من بطء شديد لأن الملتزم وهو شخص خاص سيتبع طرق القانون الخاص في الإدارة .

٢) تخفف هذه الوسيلة أيضا عن عاتق الإدارة، إذ تعفيها من إدارة بعض المرافق فتتفرغ لغيرها من المرافق الإدارية كما أنها ترفع عن كاهل الميزانية النفقات اللازمة لإدارة مثل هذه المشروعات.

٣) هذه الوسيلة تجعل المرفق بمنأى عن السياسة ، فلو تولت الإدارة بنفسها استغلال هذه المرافق لأضرت تحت تأثير الاعتبارات الانتخابية. إلى أن تغدق على عمل المرفق، مما يسبب في النهاية خسارة كبيرة ، كما أنها قد تعتمد إلى توظيف عدد كبير من الأفراد لا يكون المرفق بحاجة إليهم كما هو الملاحظ في الإدارات الحكومية، وهذا يرهق المرفق والميزانية معا.

٤) في هذه الوسيلة ينفق الملتزم مبالغ طائلة لإعداد المرفق وإدارته ولا يديره إلا مدة محدودة، ينتقل المرفق في نهايتها بكل أدواته إلى الإدارة فإذا ما أحسنت استغلاله عاد عليها ذلك بالربح ، واعتبر موردا جديدا لميزانية الدولة.

وبالرغم من المزايا السابقة - فقد تعرض "الالتزام" للنقد الشديد إثر التحول إلى النظام الاشتراكي إبان القرن العشرين بأن الملتزم - فردا كان أو شركة - شخص يسعى إلى الربح، وهو في سعيه هذا يلجأ إلى مختلف الوسائل برفع قوائم الأسعار، أو خفض نوع الخدمة التي يؤديها حتى يكون له الغنم وحده - وإن كان للإدارة والأفراد حق التدخل والمراقبة. فمن العسير أن تباشر الإدارة رقابتها على الوجه

(٥٧١) ولزيد من التفاصيل أنظر الرحيز في القانون الإداري - المرحع السابق ص ٣٤٠ وما بعدها

الأكمل في مواجهة تدخل أجنبي حين يستخدم في عقد الامتياز رأس مال أجنبي " ،
ويزيد من خطورة الحال أن الملتزم و هو يدير مرفقا عاما مدة طويلة يتمتع بسلطات
واسعة، و هذا ينال من سيادة الدولة.

ومن ناحية أخرى فالالتزام طريقة من طرق الرأسمالية في الإدارة تبغضها
الدول الاشتراكية التي لا تستعمل الامتياز إلا في إدارة المرافق الاقتصادية قليلة
الأهمية ،كتوريد النور . الخ أما بالنسبة لاستغلال المرافق الاقتصادية الهامة. فيتم
ذلك إما عن طريق الاستغلال غير المباشر أو الاستغلال المختلط أو التأميم .

ثانيا : الامتياز في مرحلة نظام الحرية الاقتصادية (الخصخصة) :

إن تقدير الالتزام في هذه المرحلة كان موضع دراسة أ.د./سعاد الشرقاوى في
مؤلفها "القانون الإداري وتحرير الاقتصاد بعنوان (نقطة حضارية بأساليب جديدة
لتحرير الاقتصاد) قائلة (٥٧٢) : " إن أعظم ثروات مصر غير مستغلة بل ومهددة وكل
من يركب الطائرة مغادرا مصر أو قادما إليها يلاحظ أن ٩٥% من الأرض صحراء
جرداء .بينما نحن مكدسون بمساكننا ومصانعنا ومصالحنا الحكومية وغير الحكومية
حول النيل نكاد نخنق ،بينما الصحراء شاسعة، و فيها متسع للكثير بمسا مؤداه أن
الحلول المطروحة لمشاكلنا المعاصرة تحتاج إلى مزيد من البحث للخروج من أزمتنا
الحالية ومواجهة العجز عن استغلال طاقات هائلة من أراض ومياه و أيد عاملة
وأموال مختزنة أو مهربة وأفكار قليلة.

أما الخصخصة فهي عملية تهدف إلى بيع شركات القطاع العام بعد إجراءات
تحويلها إلى شركات قطاع أعمال عام للحد من الفساد ، و أملا في إدارة هذه
الشركات إدارة رشيدة وعدم تحميل خزانة الدولة عبء مشروعات خاسرة، وهذه
العملية -على أحسن الفروض- ستؤدي إلى تفادي نتائج سلبية بينما المطلوب في
المرحلة القادمة إضافة مشروعات جديدة

من أجل ذلك ينبغي أن تكون نقطة البدء في هذا السبيل توفير مناخ مناسب

لاستغلال طاقات غير مستغلة باتخاذ ما يأتي :

(٥٧٢) انظر مؤلفها " القانون الإداري وتحرير الاقتصاد " - ١٩٩٤ ص ٣٠٩ وما بعدها دار النهضة العربية - القاهرة .

° مراجعة القوانين التي تعوق العمل المنتج وتحريك رأس المال في مرحلة الحرية الاقتصادية، وذلك يضع عائق السلطة التشريعية مهمة تنقية التشريعات من كل ما يتعارض مع اقتصاد السوق وهذا يستلزم:

- (١) إلغاء تشريعات لم تعد مناسبة للسياسة الاقتصادية المتبناة .
- (٢) عدم اللجوء إلى أسلوب تعديل القوانين تعديلا جزئيا بحيث يتواجد بعض القديم مع الجديد مما يجعل المناخ القانوني غامضا ومربكا فالتعديل يجب أن يكون بإلغاء القانون القديم كلية وإصدار تشريع جديد روحا ونصا.
- (٣) أن تتأكد الحكومة مليا -من واقع حساب التكلفة الاقتصادية- بأن العائد المتوقع لكل قانون أعلى بكثير من تكلفة إصداره .

° ضرورة إشراك القطاع الخاص لإنشاء مرافق جديدة و إدارة مرافق قائمة عن طريق توفير إطار قانوني يمكن هذا القطاع من استغلال أراضي الدولة التي تبلغ مساحتها ٩٥٠٠٠٠ كيلو متر مربع وفقا لوسيلة ورد النص عليها في الدساتير المتعاقبة . لكنها منسية فقد أغفلناها زمنا طويلا وهي عقد التزام المرافق العامة فذلك هو الحل الذي سينقذنا ويخرجنا من متاهة جديدة نحن على وشك الوقوع فيها . وبهذا الأسلوب يمكن إحداث تغييرات جغرافية وحضرية هامة بحفر ترع جديدة وعمل بحيرات صناعية واستغلال بحيرة السد العالي وإنشاء مدن جديدة واستغلال الثروات المعدنية وإنشاء شبكة مواصلات واتصالات متقدمة.

ويتميز عقد الالتزام عن الخصخصة و الاقتصاد المختلط و المؤسسات العامة

بمزايا عديدة ذلك أن الالتزام :

- (١) لا يكلف الدولة عبء القيام بإنشاءات جديدة ثبت أن تكلفتها بأساليب الدولة كانت أعلى بكثير عندما يتولاها الأفراد أو الشركات الخاصة .
- (٢) لا يحمل الدولة عبء خسائر المشروع ، إذ تحصل الدولة من مرفق الامتياز على عائد ثابت.
- (٣) أن الامتياز يسمح بارتداد آفاق جديدة وذلك باستغلال أراض وإنشاء مدن ذات طابع متميز وتحريك رؤوس أموال وتشغيل أيد عاملة.

٤) يمكن أن يعهد إلى الملتزم بإدارة مرافق المياه و الصرف الصحي و الكهرباء الحالية دون بيعها بخسارة .

٥) يمكن أن يعهد إلى الملتزم بإدارة الحدائق العامة و المتنزهات وهي حالة متردية وسيتمكن الجيل الجديد الذي شاهد العالم بحدائقه الجميلة فيسهم بفكرة وخيالة وعلمه في تطويرها .

٦) ستظل الأرض و منشآت الالتزام مملوكة للدولة تعود إليها في نهاية مدة الالتزام وهذا مكسب لا يتحقق في حالة الخصخصة .

فعقد الالتزام سيضع حلا ولا خطر من أن يكون الملتزم أجنيا طالما أن مدة العقد محدد يعود مرفق الامتياز بأرضة و منشأته للدولة. وقد ضمنت عاندا ثابتا لفترة الالتزام ، وقام الملتزم خلالها بإقامة منشآت تؤدي إلى تنمية اقتصادية فعالة ونقل مصر نقلة حضارية .

ثالثا : مرحلة نظام العولمة (امتياز الـ B.O.T) : (٥٧٣)

ناقش المؤتمر الدولي المنعقد بالقاهرة عام ٢٠٠١ أهمية المشروعات بنظام الـ B.O.T - و قد أعلن الدكتور رئيس مجلس الوزراء في المؤتمر بأنه لا توجد قيود علي حركة رؤوس الأموال أملا في زيادة عدد المشروعات الاستثمارية لزيادة القيمة المضافة للاقتصاد القومي ، وأنه لابد من إصدار تشريع خاص لنظام الامتياز وفق آلية الـ B.O.T ، وبمسئولية الدولة عن تحديد أسعار الخدمات بحيث تتمشي مع مستوى محدود الدخل من المواطنين . (٥٧٤)

(٥٧٣) أنظر تقرير حول أعمال المؤتمر الدولي عن المشروعات بنظام الـ B.O.T المنعقد بالقاهرة في فندق كونراد انترناشيونال يومي ٢ و ٣ ذو القعدة ١٤٢١ هـ الموافق ٢٧ و ٢٨ يناير ٢٠٠١ م .

(٥٧٤) شارك في هذا المؤتمر الدولي السادة الدكتورة /وزير المالية ، وزير الكهرباء والطاقة ، وزير النقل ، رئيس البنك الإسلامي للتنمية ، وكذلك ممثلين عن القطاعين العام والخاص في الدول العربية و الإسلامية من قادة كبريات شركات المقاولات ، والطاقة ، والاستشارات الهندسية ، والصارف ، ومؤسسات التمويل ، وشركات التأمين العربية والدولية ، وغيرها من الأجهزة و المؤسسات العاملة في نطاق البنية التحتية في مصر والدول العربية

وقد أثري السادة المشاركون في أعمال المؤتمر بخبراتهم و تجاربهم حول موضوع المؤتمر في المجالات المختلفة ،علي مدار تسع جلسات في يومي انعقاد المؤتمر في الموضوعات الآتية^(٥٧٥):

• الأبعاد التعاقدية في مجال الـ *B.O.T.*

• ملائمة أسلوب الـ *B.O.T.* لتنفيذ مشاريع البنية التحتية.

• الجوانب الشرعية في العقود و المعاملات المالية لأنظمة الـ *B.O.T.* .

• أساليب تمويل مشاريع الـ *B.O.T.* المحلية والخارجية.

• التأمين ضد المخاطر السياسية و التجارية في مشاريع الـ *B.O.T.* .

• دور الاستثماريين في مشاريع الـ *B.O.T.*

• دور البنك الإسلامي للتنمية في مجال البنية التحتية.

وقد أجمع السادة المشاركون علي تعظيم أهمية استخدام أسلوب الـ *B.O.T.*

في تنفيذ المشروعات في المجالات المختلفة، وبصفة خاصة في مشروعات البنية

التحتية للدول النامية وما يحققه ذلك من مزايا لكل من الدولة المضيفة والشركة

صاحبة الامتياز:

بالنسبة للدولة المضيفة:

• نقل أعباء تمويل تنفيذ مشروعات البنية التحتية إلي عاتق القطاع الخاص مما

يسمح للدولة بإنشاء ومواصلة حركة التنمية دون تحميل موازاناتها أعباء مالية

مباشرة أو الالتجاء إلي الاقتراض الداخلي أو الخارجي.

• يساعد الدولة علي توجيه مواردها العامة إلي القطاعات الاجتماعية و الخدمية مثل

قطاع التعليم والصحة .

• إتاحة فرصة الاستثمار أمام القطاع الخاص.

• توفير العملة الأجنبية من خلال مشاركة القطاع الخاص الأجنبي في المشروعات .

• توفير فرص عمل جديدة أخذًا في الاعتبار طول فترة الإنشاء والتشغيل.

^(٥٧٥) تجربة مصر في إنشاء محطات الكهرباء ، ولى إنشاء المطارات ، ولى إنشاء محطات المياه وفق نظام الـ *B.O.T.*

- * جلب التكنولوجيا الحديثة و الخبرة الفنية التي تحرص شركة المشروع علي استخدامها لتحقيق الفاعلية و السرعة اللازمة لإنشاء المشروع.
- * رفع كفاءة التشغيل ورفع مستوى خدمات البنية التحتية لما يتوافر لدى القطاع الخاص محليا وخارجيا من إمكانيات مالية وفنية وإدارية حديثة.
- * تنشيط سوق المال نتيجة لجوء شركات المشروع إلي مصادر تمويل متعددة منها طرح أسهم وسندات.
- * الإسهام في نقل مخاطر تنفيذ و تشغيل هذه المشروعات من الدولة إلي القطاع الخاص مع ضمان الإشراف عليها من قبل الدولة .

بالنسبة للشركة صاحبة الامتياز :

- * تحقيق العديد من العوائد المالية والفنية و الاستثمارية.
- * سداد القروض الخاصة بتمويل المشروع وفوائدها من الإيرادات المستقبلية التي يدرها تشغيل المشروع .
- * توزيع المخاطر علي الأطراف المنفذة للمشروع نتيجة و جود ترتيبات تعاقدية متعددة وليس عقدا واحدا.

هذا وقد أسفرت الآراء والمناقشات خلال جلسات المؤتمر عن توصية المشاركين بما يأتي :

أولاً: ضرورة توفير دراسات الجدوى اللازمة للتحقق من أن تنفيذ هذه المشروعات يتيح مزايا تكنولوجية واقتصادية ومالية واجتماعية ذات مردود عال يتمثل في خلق فرص عمل جديدة، و تدريب العمالة علي التكنولوجيا الحديثة.

ثانياً : وضع ضوابط عامة تنظم مشاركة القطاع الخاص في تقديم خدمات البنية التحتية بما فيها المشروعات الممولة بنظام الـ *B.O.T* بما يكفل وضوح الأحكام المطبقة عليها بدءاً من اختيار شركة المشروع و التعاقد معها، و مروراً بتنفيذ المشروع وتشغيله، ثم نقل أصول المشروع إلى الدولة عند نهاية مدة الالتزام .

ثالثاً : أهمية توفير عناصر الخبرات الفنية و المالية و القانونية و التعاقدية لدى الجهات الإدارية المختصة للاضطلاع بالمهام اللازمة لمواجهة المراحل المختلفة في مجال إنشاء وتنفيذ مشروعات الـ *B.O.T* وأهمية إسهام مؤسسات التمويل الدولية في إتاحة الدعم اللازم لتدريب تلك العناصر لما في ذلك من مردود إيجابي علي كافة الأطراف المعنية.

رابعاً : العمل على استخدام أسلوب التمويل بنظم *B.O.T* بما من شأنه تحديث مشروعات البنية الأساسية القائمة فعلاً وفقاً لما تمليه المصلحة الاقتصادية والتطور التكنولوجي .

خامساً : الاستعانة بالخبرات والشركات الاستشارية لدراسة الجدوى وإعداد وثائق المشروع وتقييم العروض واختيار شركة المشروع ومتابعة التنفيذ على أفضل وجه.

سادساً : تضمين شروط الطرح بما يكفل تعظيم نسبة المكون المحلي في المشروع مع أهمية توفير المعلومات الكاملة عن طاقات الإنتاج المحلي.

سابعاً : أن يكون تمويل المشروع لاحتياجاته من العملات الأجنبية من مصادر خارجية فلا يؤثر ذلك على سوق الصرف .

ثامناً : مراعاة تحقيق تناسب مدة الامتياز والفترة اللازمة لاسترداد المال المستثمر .

تاسعاً: مراعاة التوازن في منح الحوافز المناسبة للمستثمرين، خاصة بالنسبة للمشروعات ذات العائد غير المحرز، أو التي يرتبط تشغيلها ببعض المخاطر .

عاشر: أهمية توفير حزمة من المساندات الحكومية التنظيمية و القانونية تشمل قابلية عوائد شركة المشروع للتحويل بالعملات الحرة، و ضمان حماية الاستثمار الأجنبي وغير ذلك من العوامل التي تساعد في تهيئة المناخ المناسب لجذب المستثمرين والممولين لتنفيذ مشروعات الـ B.O.T.

حادي عشر: التحقق من قيام شركة المشروع بتوفير التمويل المناسب طوال مدة تنفيذ المشروع وبأقل التكاليف الممكنة ، و توافر كافة الضمانات لجميع أطرافه أخذا في الاعتبار حقوق المقرضين و التدفقات النقدية دون إغفال السياسة الربحية التي تكفل العائد المناسب لشركة المشروع.

ثاني عشر: التحقق من إمكانية تنفيذ المشروع بأحدث التكنولوجيا وتأمين الاستفادة بما يستجد من تطورات مستقبلية في هذا الصدد .

ثالث عشر: تضمين شروط التعاقد الالتزام بتوفير أعمال الصيانة المطلوبة طوال مدة الالتزام بما يضمن نقل المشروع إلى الدولة بعد انتهاء مدة العقد بحالة جيدة ، فضلا عن ضمان حقوق المستفيدين من المشروع .

رابع عشر: أهمية توافر التأمين اللازم و الضمانات الكافية لدى مؤسسات التأمين المتخصصة بما يكفل مواجهة أية مخاطر ترتبط بمراحل إنشاء وتشغيل المشروع.

خامس عشر: تضمين وثائق المشروع تحديدا واضحا لعلاقات وحقوق والتزامات أطرافه مع تحقيق "الشفافية" المطلوبة في هذا الشأن.

سادس عشر: تضمين وثائق المشروع السبل المناسبة التي يتم اللجوء إليها لفض ما قد ينشأ من منازعات حول المشروع.

سابع عشر: الإعلان عن المشروعات المستقبلية في الوقت المناسب و بالوسائل المختلفة لإتاحة الفرصة لأكبر عدد ممكن من المستثمرين بالداخل وبالخارج للتعرف عليها وإجراء الدراسات اللازمة لتقديم عروضهم عنها حال طرحها.

ثامن عشر: أهمية تحديد كيفية المواجهة الاقتصادية للالتزامات الدولة المضيفة مثل فروق أسعار المدخلات المحلية عن الأسعار المحددة وقت التعاقد ، وكذا فروق أسعار الصرف طوال أجل الامتياز ، وقد تكون إحدى آليات التغطية إنشاء صندوق موازنة يمول أساسا من العوائد التي تزيد عن معدل عائد اقتصادي مناسب.

تاسع عشر: أهمية تحديد آلية لموازنة فروق الأسعار الاجتماعية عن الأسعار الاقتصادية التي شملها التعاقد ، و قد تكون سياسة التمييز السعري وفقا لشرائح وأنماط الاستهلاك إحدى آليات التوازن.

عشرون: أهمية مراعاة الأثر علي ميزان المدفوعات في الأجل الطويل بالنسبة لكل مشروع منذ إنشائه و طوال فترة تشغيله حتى إعادة نقل ملكيته إلى الدولة.

واحد وعشرون: التخطيط لتحفيز إقامة تحالفات بين بنوك وشركات الاستثمار وبين بيوت الخبرة و الشركات الاستشارية وشركات الإنتاج، و المقاولات المحلية للتقدم بعروضها فيما يطرح من مشروعات الـ B.O.T.

ثاني وعشرون: توفير قاعدة معلومات متكاملة تشمل الطاقات المتاحة للمشروعات المنفذة، وكذا المشروعات المستقبلية في المجالات المختلفة.

الفاآمة

LA CONCLUSION

الختام

LA CONCLUSION

من الثابت أن عقد امتياز المرفق العام هو أشهر العقود الإدارية المسماة ، وأنجع وسيلة من وسائل الرأسمالية في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة خاصة وفق آلية نظام الـ *B.O.T.* - بعد أن تحول العديد من الدول بخطوات واسعة أخذة بالمنافسة الحرة إثر انهيار النظام الاشتراكي ،،، سواء أكان ذلك عن رغبة منها ، أو لضرورة ملحة ، فمن غير المستطاع الحياة في عزلة بعيدا عن الآخرين .

ومنذ نشأ عقد الامتياز "وليد فكرة المرفق العام " وتحكمه القواعد والمبادئ والأصول العامة المستمدة من الأحكام القضائية الصادرة في شأن المرافق العامة ، وبظل هذا العقد موصولا في الخضوع لتلك الأحكام ، لعدم وجود تشريع إداري شامل ينظم هذا النوع من العقود ،،، ولهذا تضمنت خطة البحث دراسة مفهوم عقد امتياز المرفق العام وتطوره بكل من فرنسا ومصر في باب تمهيدي ، وتطور أحكام العقد في مراحل إبرامه وفي آثاره وانقضائه من خلال ثلاثة أبواب رئيسية .

ونوجز في هذه الخاتمة أهم ما أسفر عنه البحث من نتائج ومقترحات في ثلاثة بنود :-

البند الأول: مفهوم عقد امتياز المرفق العام وتطوره في كل من فرنسا ومصر.

البند الثاني: أحكام عقد امتياز المرفق العام و الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* في مجال الإبرام والآثار والانقضاء.

البند الثالث: أهمية عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وآثاره الاقتصادية والمالية ، مشفوعة بـ: تقدير وسيلة الامتياز في مصر ،،، وأهم المقترحات الجديرة بالنظر في مجال التطبيق العملي لمشروعات الامتياز بنظام الـ *B.O.T.*

السند الأول : مفهوم عقد الامتياز وتطوره في كل من فرنسا ومصر

من الثابت أنه في مستهل القرن التاسع عشر ، قامت الدولة بنفسها أو عن طريق الهيئات أو المؤسسات العامة بإنشاء مشروعات مرافق عامة ، بهدف تأمين حاجة الجماهير من الخدمات تحت مظلة فكرة المرفق العام وكثيرا ما عهد الحكام بمهمة إدارة تلك المشروعات إلى أشخاص من القطاع الخاص تحت إشراف ورقابة الحكومة لتقديم الخدمات لجماهير المنتفعين بها مقابل رسم محدد ، بموجب عقد يبرم بين الإدارة والملتزم وفق نظام يضع الطرفان قواعده وأحكامه ، واصطلح على تسمية ذلك التزام (أو امتياز) المرفق العام.

وقد تطورت أداة منح الامتياز عبر مراحل زمنية ثلاث:

المرحلة الأولى: كان الرأي السائد فيها أن "الالتزام وليد أمر اتفرادي تصدره السلطة ماثحة الامتياز ، بما لها من ولاية أمره " حيث كانت الدولة تختلط بشخصية الملك إذ تمتد إليها حصانته ، وكان الالتزام في هذه المرحلة يتم بمنحة من السلطان وحده. (٥٧٦)

وفي عام ١٨٩٢ تولى مجلس الدولة الفرنسي مهام اختصاصه فكان له دور أبعد مدي وأجل أثرا بما أصدره من أحكام وقرارات ، أكسبت عقد الامتياز صفة العقد الإداري بعد أن كان عقدا مدنيا ،،، وتبنى المشرع الفرنسي بنصوص واضحة ما أرساه مجلس الدولة في أحكامه وقراراته من مبادئ وقواعد ونظريات ، وبهذه المثابة يوصف القانون الإداري بأنه قانون قضائي.

المرحلة الثانية: حدث تطور جذري في النظام الأساسي للدولة بصدر دستور ١٩٢٣ في مصر ،،، وبمقتضاه انتقلت الدولة نقلة نوعية فأصبحت دولة

(٥٧٦) في هذه المرحلة كان الالتزام يتم بمنحة من السلطان لإرادته ماضية لا قيد عليها ، وبعد امتياز قناة السويس الممنوح من الحاكم عام ١٨٥٤ بداية لتدخل "جني سافر في شئون البلاد وسيادتها ، نتيجة لتصرف حاكم مستبد وسلية شعب مستكين والحقوق لا تعطى إلا لمن يطلبها ويدافع عنها ، بل ويناضل من أجلها.

مؤسسات قوامها سيادة القانون ، واختص البرلمان وحده بسلطة منح الامتياز بحيث
يصدر المنح بموجب قانون وإلى زمن محدد .

ثم بزغت حياة قانونية جديدة ازدانت بانشاء مجلس الدولة المصري عام
١٩٤٦ ، توجهها المشرع بصدر القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزام المرافق العامة
، و القانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ بإصدار القانون المدني الذي قضى بأن التزام
المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صبغة اقتصادية ، وهذا العقد
تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص لاستغلال المرفق مدة معينة من الزمن.

وتولي مجلس الدولة المصري دوره البارز بخطي ثابتة وتطور محمود منذ
البداية ، فأرسي العديد من المبادئ العامة التي أقام عليها قضاءه وفتياه ، مقتديا
بمنهج نظيره الفرنسي ، كما نهض علماء الفقه والقضاء بترتيب الأحكام والتطبيق
عليها بالرأي ، وردھا مع التشريعات الإدارية إلى أصول وقواعد علمة ، فصار
المشتغلون في مجال القانون الإداري يقفون على مواده ومصادره ، بفضل التعاون
بين المشرع والفقه والقضاء في مجال الاجتهاد والتقنين^(٥٧٧).

ولقد تزامنت هذه المرحلة مع صدور قوانين التأمين في الخمسينيات
والستينيات من القرن العشرين ، والتي أمتد أثرها إلى استرداد مرافق الامتياز
وإدارتها بالطريق المباشر،، وما لبث أن انحصر تطبيق الامتياز في نطاق ضيق ،
وتكاد تنحصر تطبيقاته في مصر عبر سنوات التحول الاشتراكي فقط في استغلال
بعض موارد الثروة وأهمها المنتجات البترولية .

^(٥٧٧) تطور الفكر القانوني في مجال الاجتهاد والفسر إلى أبعد مدى ، ونجد ذلك على سبيل المثال في العديد من أحكام
المحكمة الدستورية العليا بأعمال حكم العقل فيما لا نص فيه توصلنا لتقرير قواعد عملية يقتضيها عدل الله ورحمته . موده
أن هذه القواعد تسعها الشريعة الإسلامية . إذ هي غير منغلقة على نفسها ، ولا تضيي قدسية على أقوال أحد من الفقهاء
في شأن من شئوننا ، وطالما أن الاجتهاد والفسر حق لأهل الاجتهاد . فأولى أن يكون هذا الحق مقررا لولى الأمر ينظر في
كل مسألة مسعنا بمن يفقهون دينهم ، ويجوز له أن ينظم شئون العباد في بيته بذاتها تستقل بأوضاعها وظروفها الخاصة ،
ذلك بما يرد الأمر المتنازع عليه إلى الله ورسوله - مستلهما في ذلك حقيقة أن المصالح المعيرة . هي تلك التي تكون
مناسبة لمقاصد الشريعة متلافة معها ،، و في هذا السياق تشمل كلمة "القضاء" " القضاء الواقف" الذي ينسب للقضاء
الجالس حقيقة الواقع وصحيح كلمة القانون العليا ، وهم أولئك الرواد الكبار والأسوة الحسنة من رجال الفقه والقضاء
الذين عظموا بأدائهم وأثروا بفكرهم بحراب العدالة بما خلفوه من تراث يشهد لهم ، ونحن بعون الله وعلى آثارهم نسو ،
واعترافا بفضلهم ندعو الله العلي القدير أن يجزيهم عنا أحسن الجزاء

المرحلة الثالثة: تزامنت هذه المرحلة مع انهيار النظام الاشتراكي وتحول

العديد من الدول بخطوات واسعة آخذة بالاقتصاد الحر ، وكان الامتياز بنظام الـ B.O.T. قد ظهر في بداية الثمانينيات من القرن العشرين ،،، وتعاضل دوره وفق آليته الجديدة حتى بات أنجع وسيلة من وسائل الرأسمالية في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة.

وحينذاك تفاقمت أزمة الديون ، وفيها عجزت مصر شأن بعض الدول عن تدبير الأموال اللازمة لتمويل حاجتها الماسة لتجديد مرافق البنية الأساسية القائمة ، وأيضاً لسد احتياجاتها الضرورية والمتزايدة في مجال إنشاء مشروعات البنية الأساسية الجديدة ،،، ثم انتهى بها المطاف إلى اختيار الامتياز بنظام الـ B.O.T. باعتباره الوسيلة المناسبة في هذا المضمار ،،، ومن أجل ذلك صدر تنظيم منح التزامات المرافق العامة للمستثمرين المحليين والعرب الأجانب بالقوانين أرقام ١٠٠ ، ٢٢٠ لسنة ١٩٩٦ ، ٣ لسنة ١٩٩٧ ، ٢٢ لسنة ١٩٩٨ .

واستناداً إلى القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٧ في شأن منح التزام المرافق العامة ، أصدر مجلس الوزراء القرارات أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨ بمنح امتياز إنشاء وتشغيل واستغلال وإعادة ثلاثة مطارات بنظام الـ B.O.T. لثلاث شركات مصرية تأسست لهذا الغرض ويخص القرار الأول شركة إيماك مرسى علم لتشغيل وإدارة المطارات "شركة مساهمة مصرية" فكان أول عقد امتياز بمنح بعد التأميم.

وتنص المادة الخامسة من القانون رقم ٣ المشار إليه بأن : " يصدر بمنح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه - أو تعديلها - وحصة الحكومة في حدود القواعد والإجراءات السابقة قرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المختص ، ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء" ،،، وبناء على هذا القانون ، أصبح مجلس الوزراء صاحب الاختصاص قانوناً بمنح الامتياز بنظام الـ B.O.T. وتحديد شروطه وأحكامه .

وبذلك فإن تقديم اقتراح للمشروع المراد إنشاؤه بنظام الـ B.O.T. مشروط بإجراء دراسات جدوى اقتصادية متأنية ، وشاملة لمختلف الجوانب الفنية والمالية والاجتماعية والقانونية للمشروع ، سواء في مرحلة التخطيط لإنشاء المشروع ابتداء ، أو في مراحل إجراءات طلب التأهيل ، وتقديم العطاءات ، وفحص وتقييم العروض

المقدمة في شأنه ، لاختيار صاحب العطاء الأفضل والتفاوض معه ، تمهيدا لعرض اقتراح الوزير المختص على اللجنة الوزارية ، ومن ثم العرض على مجلس الوزراء لاستصدار قرار المنح (٥٧٨)

وإته بمتابعة مراحل المفاوضات بين وزارة الإسكان والشركة المصرية الكندية صاحبة العطاء الأفضل ، والمرشحة لتنفيذ مشروع مد المنطقة الصناعية بشمال غرب السويس بالمياه وفق نظام الـ B.O.O.T. والبالغ تكلفته التقديرية ما يزيد عن المليار جنيه ،، تبين أن اقتراح وزير الإسكان قد أعيد من مجلس الوزراء لإجراء تفاوض ثان مع هذه الشركة ، لتحديد الشروط القديمة مع التعديلات التي تمت أثناء التفاوض ، والاختلاف بينهما والآثار المترتبة عليها ،، إلا أن الطرفين لم يصلا إلى اتفاق حول حجم الطاقة المنتجة وتوزيعها بأسعار مناسبة لذوي الدخل المحدود.

وهكذا يطول زمن الإجراءات على هذا النحو وينتهي الأمر ، اما إلى صدور قرار
منح الامتياز لصاحب العطاء الأفضل أو عدم صدوره ،،، وبقينا أن احتياز الإجراءات
على نحو ما سبق بما صاحبها من وضوح وشفافية ، هو السبيل الآمن والتنفيذ
الصحيح لشرط لازم في القانون ، كما يعد دليلا على سلامة قرار منح الامتياز أو
رفضه ، فالإجراءات ليست هدفا في حد ذاتها بقدر ما هي وسيلة غايتها الوصول إلى
اتفاق يحمل بين طياته مقومات الرضائية وعوامل القبول بين كل من الإدارة
والملتزم،،، ويبدو ذلك واضحا من خلال حرصهما معا على تأمين عملية إنشاء
وتشغيل مرفق الامتياز ، حتى يؤدي خدماته للمنتفعين به في انتظام واطراد سنين
عددا تحت مظلة فكرة النفع العام .

ولا وجه لمساييره اتجاه يرمى الى تجنب الأحكام الإجرائية في مجال اختيار المتعاقد في عقد الامتياز ، ويكفي ردا عليه أن نعود الى ذكرى أليلة ، حين كان منح الامتياز معهودا به الى ارادة الحاكم وحده ،،، بما مقتضاه ضرورة اختيار المتعاقد في

(٥٧٨) وبطبيعة الحال يتولى تلك المهام مجتمعة أو مغرقة مجموعات متكاملة من ذوي التخصص والكفاءة والخبرة في فحص وتقييم المشروعات كل حسب نوعه وطبيعة نشاطه وذلك وفق أسس وضوابط ومقاييس ومعايير محددة محلية أو عالمية، ويعتمد نجاح المشروعات بنظام الـ *B.O.T* على مرحلة التأهيل وإعداد دراسات الجدوى الاقتصادية والاجتماعية بدقة تامة ، وذلك لضمان استبعاد الشركات غير الجادة ، واختيار الأشخاص القادرة على النهوض بأعباء ومسئوليات تمويل إنشاء المشروعات وتشغيلها ، وصيانتها على أكمل وجه طوال مدة الامتياز . فالإسناد لا يصح بناء على حكم اختياري أو ضغوط خارجية ..

عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. من خلال أحكام إجرائية مستمدة من قواعد عامة
مجردة تتسم بالانضباط والشفافية، حتى تكون سنداً وحماية في مواجهة رياح
المنافسة الحرة عبر دوائر أسواق المال المفتوحة محلياً وعالمياً .

والحقيقة أن عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. مثله كمثل الوليد ترعاه
الدولة ويكفله أبواه يسقياته لبناً سائغاً وشراباً طهوراً في ظل منـاخ
آمن فيشب الوليد يافعا نافعا أهله وذويه حتى انتهاء أجله وتظل ذكراه
محمودة على كل لسان^(٥٧٩).

^(٥٧٩) قال تعالى في سورة الرعد (آية ١٧) " فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث في الأرض كذلك يضرب الله

السند الثاني: أحكام عقد امتياز المرفق العام والامتياز نظام الـ B.O.T. في مجال الأبرام والآثار والانقضاء.

إن الملتزم في إدارته لمرفق الامتياز يعتبر معاوناً للدولة ونائباً عنها في أمورها من أخص خصائصها ومسئوليتها قبل أفراد الشعب ، فهي تتدخل في شئون المرفق العام ، وتفرض على الملتزم عبئاً جديداً ، أو تعدل من شروط الالتزام واستغلاله وفق مقتضيات المصلحة العامة ، ولكنها لا تستطيع أن تمس المزايا المالية المقررة للملتزم بموجب العقد - غير الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين - لو ضمنت له الإدارة حداً أدنى من الربح ، أو تعاهدت له بسلفة أو بضمان مالي لدى أحد البنوك ، الخ ، وإذا تعاهدت بأن تقصر النشاط على الملتزم فهذا الشرط ملزم ويتعين احترامه.

ويتفق رأى الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر ، على أن عقد امتياز المرفق العام عمل قانوني من طبيعة مركبة ، يحتوى على نوعين من الشروط فبعض شروطه لائحة ، والبعض الآخر تعاقدية ، وتتولد عن الشروط التعاقدية التزامات تبادلية فيما بين الإدارة والملتزم تحكمها قاعدة " أن العقد شريعة المتعاقدين " ، أما الشروط اللائحية فهي النصوص القانونية الصادرة بشأن تنظيم أعمال المرفق العام وسيره ، وهذه الشروط تحكم التزامات الملتزم كما تحكم حقوق والتزامات "الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وهم ليسوا طرفاً فيه.

والحقيقة أن الطبيعة القانونية لعقد الامتياز تستمد كيانها من أصل عام ذي محاور رئيسية ثلاثة تدور معا في فلك واحد نحو هدف واحد هو تحقيق النفع العام.

المحور الأول : أن التزام أحد طرفي العقد يمثل حقا للطرف الآخر في نفس الوقت ، ، وأن التزامات كل من الطرفين وحقوقهما ، هما وجهان لعملة واحدة - الوجه الأول - يخص الإدارة وهي الطرف الأصيل في العقد ، - الوجه الثاني - يخص الملتزم بوصفه معاوناً ونائباً عن هذا الأصيل ، ، ، والوجهان على هذا النحو يلتقيان في المسار ، ويقفان جنباً إلى جنب يداً واحدة تسعى ، غايتها في المقام الأول سير المرفق العام بانتظام واطراد لخدمة المنتفعين به تحت مظلة فكرة النفع العام.

المحور الثاني: ينطوي أيضاً على وجهين - الوجه الأول - أن التزام المتعاقد في عقد الامتياز هو التزام بنتيجة ، وليس مجرد بذل عناية ، مما يخول الإدارة سلطة

واسعة في مجال الإشراف والرقابة والتوجيه وفي تعديل العقد وإنهائه وفي توقيع الجزاء الذي يصل أحيانا إلى حد توقيع عقوبات جنائية ويتمثل الوجه الثاني في الأخذ بفكرة الرضائية أو القوة الملزمة للعقد ، ذلك مما يفرض على الطرفين تنفيذ التزاماتهما وفق أحكام القانون وما اشتملت عليه بنود العقد من قواعد وأحكام ، وفق مقتضيات حسن النية في المعاملات كما تخضع الإدارة كذلك للجزاء حال تخلفها عن تنفيذ التزاماتها و إن كان الجزاء في حقيقة الأمر يحمل معنى التعويض.

ويجب على الطرفين أن يتخذا سبيلهما في تنفيذ التزاماتهما وفق قواعد وأحكام ومعايير مناطها "التزام المستوى الحدي" الذي يتم من خلاله إحكام الموازنة بين تنفيذ التزامات المتعاقد بأفضل وجه ، وبين المحافظة على حقوقه المالية من منظور إدراك الإدارة مليا أن الربح هو الباعث الدافع للملتزم من وراء تعاقده ، فيسعي المتعهدون في التعامل مع الجهات الإدارية ، دون خشية المساس بحقوقهم المشروعة إبان تعاقدهم معها ، وتحافظ الإدارة بذلك على أنجع وسيلة من الوسائل المتاحة لديها في مجال تسيير المرافق العامة وتقديم خدماتها للمنتفعين على أفضل نحو ممكن تحت مظلة فكرة النفع العام.

ولا يعتبر الملتزم صاحب مصلحة متعارضة مع مصلحة الدولة بمجرد أنه ينبغي تحقيق ربح حلال والحصول على الجزاء الأوفى ، والأجر العادل لقاء إخلاصه وأمانته وحسن قيامه بالعمل،،، وهو لا ينقلب إلى صاحب مصلحة متعارضة ، إلا منذ اللحظة التي ينحرف فيها عن الجادة ، ويتنكب سبل الأمانة ، أو يحاول الحصول على ربح حرام أيا كانت وسائله في ذلك ،، ومن حق الإدارة أن تفسد عليه سعيه ، فتحرمه ثمرة غشه وتحبس عنه المال الحرام .

وفي المقابل لا يجوز أن يتعرض الملتزم لمخاطر ينشأ عنها زيادة أعبائه المالية على نحو يختل معها التوازن المالي لعقده ويصاب بخسارة محققة ، فمن حقه على جهة الإدارة ألا يتحمل وحده كل الغرم ، ولو لم يكن هناك خطأ من جانبها تأسيسا على أنه ليس من العطل والإنصاف وحسن النية في المعاملات أن يترك الملتزم فريسة لظروف سيئة لا يدخل له فيها ، ونقتضي اعتبارات العدالة والنفع العام أن تتوازن العلاقة بين الإدارة والملتزم ، وهما يقودان سفينة في بحر لحي يتعاونان ويتساندان معا وصولا إلى بر الأمان .

المحور الثالث: أن مبدأ المساواة في عقد الامتياز يتحقق عبر مراحل إبرامه وتنفيذه وانفضائه ، من خلال تعادل الأداءات المتبادلة بين طرفي العلاقة العقدية في الحقوق والالتزامات في كفتين متساويتين في الميزان ، وكذلك " الغير " أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وهم كثر ،،، ومن شأن تنفيذ ذلك على سواء بينهم أن يصير تأمين سير مرفق الامتياز في أمان طوال مدته تحت مظلة فكرة النفع العام^(٥٨٠).

ونزولاً على مقتضى النفع العام يجوز تعديل بعض المبادئ والأحكام أو الطول عنها استجابة لمتغيرات التحول نحو الاقتصاد الحر ، وإعمالاً لقاعدة عامة (أو أصل عام) مفادها أن الثبات أمر يتنافى مع قواعد القانون الإداري خاصة أحكام عقد الامتياز ذي الطبيعة التراكمية ، ولذا تتعرض أحكامه للتغيير أو التطوير في كل حين وفق ضرورات : التحول في النظام السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي ، أو معطيات التقدم العلمي والتكنولوجي .

والتعديل بهذه المثابة ما هو إلا قواعد عامة مجردة غايتها تحقيق النفع العام من خلال وضع الأداءات المتبادلة لطرفي عقد الامتياز متعادلة في كفتين متساويتين في الميزان وكذلك الغير أولئك الذين تمتد إليهم آثاره وهم ليسوا طرفاً فيه ، أخذين في الحسبان بأن حق التعديل مرهون بظروف وشروط ولأهداف محددة ، فهو وسيلة تتمكن بها الإدارة من التكيف مع الظروف المتغيرة ، وتطوير المرفق العام لمواكبتها ويتم توقيع جزاءات على الإدارة إذا خرقت أو خالفت العقد، وتتعقد مسؤولية الإدارة التعاقدية في دفع التعويض المناسب عن الأضرار التي لحقت بالملتزم من جراء ذلك^(٥٨١).

ولقد ظهر واضحاً أثر التغيير والتطوير نحو الاقتصاد الحر ، فأخذت الدولة بعقد الامتياز وفق نظام الـ B.O.T. باعتباره أنجع وسائل الرأسمالية في إدارة المرافق العامة، ولما تميزت به آليته الجديدة من تنوع في مجالات نشاطه وتعدد

^(٥٨٠) يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن التوازن والتعادل في الأداءات المتبادلة بين المتعاقدين غاية حفظ العدل بين الخلق وصون المعاملات عن دواعي الفساد ومنع الفرر فيها وحماية للمتعاقدين من وجود أية شروط تعسفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة في مجال الرابطة العقدية.

^(٥٨١) قال تعالى في سورة الرحمن " والسما.رضعها ودرع الميزان ألا تطفغوا في الميزان وأقيموا الوزن بالتسوية

صوره ، وإتاحة العديد من الأساليب والتقنيات المبتكرة في مجال تمويل مشروعات البنية الأساسية ذات التكاليف المرتفعة ، بإنشاء مختلف المشروعات وتشغيلها ، وتأهيلها ، وتحديثها ، وتجديدها ، وتصميمها ، وكذلك إدارتها بعد أن كان منح الامتياز فيما مضى مقصوراً فقط في مجال "إمالة" تلك المشروعات.^(٥٨٢)

ثم كان مقتضى الأخذ بمنهج التنمية المستدامة في النشاط الاقتصادي وجوب مراعاة الأبعاد الاقتصادية والصناعية والبيئية من خلال تنفيذ ما تتضمنه النصوص والأحكام لمختلف الشروط والضمانات والمتطلبات ، الكفيلة بحماية البيئة والثروات الطبيعية من التلوث،،،،،، ويصير تحقيق ذلك باستخدام الأدوات والمعدات والوسائل الفنية المبتكرة في مشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T. عند إنشائها وتشغيلها ، على أن يكون صدور قرار منح الامتياز من مجلس الوزراء مقترناً بتوافر الشروط والضمانات اللازمة لهذا الغرض ،،،،،، ويتعين على البنوك الاهتمام بتوافر الوسائل الكفيلة بحماية شئون البيئة لدى منح الائتمان لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T. أو المساهمة في رأس مالها.

وناصية الأمر أن فكرة النفع العام هي الغاية والقاعدة العامة (أو الأصل العام) التي يعني عليها ، ويستمد منها المبادئ العامة التي تحكم عقد امتياز المرفق العام والامتياز بنظام الـ B.O.T. ، ومن مقتضيات أعمال هذه القاعدة العامة أن يتم التحقق من تنفيذ تلك المبادئ العامة في مراحل إبرام عقد الامتياز وفي آثاره وانتهاء مدته ،،،،،، وفيما يلي بيان ذلك:

* مرحلة إبرام عقد الامتياز

* الاعتداد بعنصر الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد:

تناول البحث دراسة كيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها في عقد الامتياز وكذلك العوامل والاعتبارات التي تفرض على الإدارة الاعتداد بالاعتبار الشخصي بأن يكون

^(٥٨٢) انظر في تنوع مجالات النشاط وتعدد صور عقود امتياز المرفق العام وتطورها ص ٣٤ ، ٤٩ في الباب التمهيدي من البحث ، وإذا كان هناك ثمة تداعيات بسبب أعمال الإرهاب امتد أثرها السلبي على مسيرة التقدم في مجال إنشاء مشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T. ، وكذلك على حصيلة إيرادات باكورة مشروعاته العاملة في مجال السياحة والطيران في مصر ،،،،، فلا يعدو هذا أن يكون مجرد أمر عارض ، ويظل نظام امتياز الـ B.O.T. ضرورة ملحة في مجال الاستثمار والتنمية الاقتصادية ورفع مستوى حياة الاجتماعية في مصر.

المتعاقد من بين أولئك الذين تتوافر فيهم عناصر الكفاية الفنية والقدرة المالية وحسن السمعة بدرجة عالية للاطمئنان يقيناً على حسن إدارة مرفق الامتياز ويتأتى للإدارة ذلك من خلال تأكدها في قدرة المتعاقد معها على حمل مسئولية النهوض بالمرفق العام بتقديم خدماته لجمهور المنتفعين به بانتظام واطراد سنين عدداً.

• كيفية اختيار المتعاقد في عقدي امتياز المرفق العام وامتياز الـ B.O.T :

• الثابت أنه لم يرد في قوانين المناقصات والمزايدات نص يتعلق بكيفية اختيار الإدارة للمتعاقد معها في عقد الامتياز ، وطالما أن الهدف هو اختيار أفضل العروض ، وكان إعمال النص كقاعدة عامة خير من إهماله ، فإن القانون النافذ وهو بمثابة الشريعة العامة في العقود الإدارية ، يكون أولى بالتطبيق في عقد الامتياز ، إذ الأمر فيه موصول بالنفع العام ومداه .

والأمر يكون كذلك بالنسبة لعقد امتياز الـ B.O.T إذ يعد قانون المناقصات

والمزايدات هو الشريعة العامة الواجبة التطبيق فيما لم يرد في شأنه نص خاص ، طالما أن الهدف هو تمكين الإدارة من اختيار أفضل العروض وأكفأ المتقدمين لإنشاء المرفق وإدارته وصيانتة فنياً ومالياً ، ويتحقق ذلك كله من خلال تطبيق مبادئ العلانية والشفافية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة ، وفق ما تنبئ به أحكام المادة الثانية من قانون المناقصات والمزايدات. (٥٨٣)

وتنص المادة الثالثة من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ : " بأن يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج ، على أن تتوافر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة " .

فهذا المدلول التحديدي لذوي الكفايات الفنية والمالية وبيوت الخبرة

العالمية، ولمن تتوفر فيهم حسن السمعة نراه ينسحب - بطريق التلازم المنطقي -

بجواز اختيار المتعاقد في عقد امتياز الـ B.O.T بواسطة المناقصة المحدودة، ذلك أن

(٥٨٣) هذه المبادئ الأربعة تكون ركن المشروعية في العقود الإدارية بصفة عامة ، ومن بينها عقد التزام المرافق العامة ، وبالتالي فإن الإخلال بها هو المدخل لرقابة المشروعية التي يسطها مجلس الدولة على العقود الإدارية بحيث إذا اختلف أحدها كان تصرف الإدارة في ذلك غير مشروع ، وبات لكل ذي مصلحة حالة ومباشرة أن يطعن بإلغاء تصرفها

موضوع هذا النوع من العقود ، إنما يندرج في الحالات التي تتطلب طبيعتها مباشرة أعمال مشروعات ذات طبيعة وأهمية خاصة.

ويتفق هذا التفسير مع نظر جانب من الفقه يري أن عقود امتياز الـ *B.O.T.* تُبرم عن طريق أسلوب المناقصة المحدودة ، وتبين الإدارة في طلبات العروض ماهية المرفق محل التعاقد ، وأبعاده التقنية والاقتصادية والقانونية ، وتخضع هذه العروض لفحص الإدارة والتي عليها إعداد القائمة المختصرة بأسماء المستثمرين القادرين فعلاً علي المنافسة ، وغالباً ما تقوم عدة شركات بالتعاون فيما بينها من أجل تقديم عطاء مشترك فيما يعرف باتحاد الشراكة "كونسرتيوم".

* تحقيق مبادئ العلانية والشفافية والعدالة والمساواة في مرحلة الإبرام :

مبدأ العلانية: تبين لنا في مجال التطبيق العملي بشأن اختيار المتعاقد في عقد امتياز الـ *B.O.T.* أن الإدارة قامت بنشر إعلانات الدعوة بطلب التأهيل وطلب العروض في الصحف اليومية واسعة الانتشار في الداخل والخارج ، فضلاً عن توجيه خطابات موصى عليها بدعوة شركات متخصصة ،،، وكان سبيلها في ذلك إتاحة الفرصة الكاملة والمتساوية بدعوة كافة المتخصصين وبيوت الخبرة للدخول في منافسة حرة من أجل الوصول إلي أفضل العروض بما يتفق والصالح العام .

مبدأ الشفافية: بات التقدم المتسارع نحو تحسين مناخ الاستثمار في مصر هدفاً منشوداً من أجل جذب البيوت العالمية والشركات متعددة الجنسيات لاستثمار أموالهم وخبراتهم الواسعة في مشروعات البنية الأساسية والتنمية الاقتصادية - وتلازم بالتزامن مع هذه الغاية - اتخاذ مبدأ " الشفافية " أسلوباً ومنهجاً في التعامل مع الجهات الرسمية ، بعد أن كان التعامل خلف الأبواب المغلقة منفذاً لضياح المال العام وإهداره بغير حساب ، فزادت تكلفة المشروعات العامة إبان تلك الفترة بنسبة ٢٠ % عما هو متاح في الأسواق المفتوحة تلك التي تسود فيها الأعمال بغير ستر وفق آليات المنافسة الحرة.

ومن أجل ذلك ألزم المشرع الفرنسي جهات الإدارة بتقديم الوثائق المتعلقة بتحضير وإبرام عقد الامتياز للتأكد من مشروعية الظروف التي تم الإبرام خلالها ، بعد أن هيمنت السرية على أعمال الإدارة وتصرفاتها، من خلال السير في دوائر مغلقة بدلاً من سماء مكشوفة ، ولهذا انسحب المشرع رويداً رويداً من نفق السرية

إلى شمس الوضوح ، فرتب حقاً عاماً لكل معنى بمشكلة ما أن يطلب الاطلاع على جميع البيانات المتعلقة بها.

مرحلة المفاوضات: وتقوم المفاوضات في مرحلة الإبرام بدور مرموق في مجال عقود امتياز الـ *B.O.T.* ، حيث تركز على التبنّي الكامل لفكرة الحرية التعاقدية ، بما مقتضاه أن كل أمر قابل للتفاوض ولقد نتج عن الأخذ بهذه المتغيرات ظهور آليات قانونية مستجدة وإثراء في الصيغ العقدية.

هذا ويجري التفاوض من خلال تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ، ليكون كل منهم على بصيرة و بيّنه من أمره ، فيصدر قراره على الوجه الصحيح.
والحقيقة أن للإفصاح والشفافية من جانب الإدارة أثر فعال في زيادة المشروعات الاستثمارية الجديدة ، لأن الإحاطة بالميزات والعقبات التي تواجه المستثمر ، تحقق لديه يقيناً احتمالات نجاح المشروع من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها ، وهذا المسلك إنما يُعبر عن التزام الإدارة بتنفيذ مقتضيات " مبدأ حسن النية في مرحلة مفاوضات إبرام عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* " بما من شأنه بث روح الثقة والأمان لدى المستثمر ، وهو معاون للإدارة في النهوض بمسئولية تأدية خدمات مرفق الامتياز لجمهور المنتفعين به بانتظام وأطراف في الحال والمآل .

المساواة بين الإدارة والمتعاقد : إن العلاقة بين السلطة الإدارية والأفراد في فرنسا أصبحت قائمة على أساس من التفاوض والحوار ثم الاتفاق ، وبالتالي تحول مفهوم القرار الإداري من ملامح الأمر والإخضاع ، ليكتسي ثوباً إتفاقيّاً قابلاً للتفاوض بغرض المشاركة في تحديد مضمونه ، و التزام الدولة بعدم التدخل في العلاقات التجارية ، وظهور المجتمع الاتفاقي غير المدار .

وقد جسد هذا التحول تطوراً حاسماً في تطبيق مبدأ المشروعية بإستخدام تقنيات تحمل عوامل تشجيع الأفراد وجذبهم نحو اتخاذ المواقف الاقتصادية والاجتماعية المرادة منهم بحرية تامة ، عن طريق إبرام "اتفاقيات حث" مع هذه الفئة لإقامة المشاريع الصناعية ، يُمنحون بموجبها مميزات وأفضليات مالية

معينة ، كما نفذت الإدارة سياستها التسعيرية بناء على اتفاقات بعد أن فشلت سياسة
الفرص بالقرارات السيادية في الفترة ما قبل سنة ١٩٨٦ .

فض المنازعات : وقد اتخذ مبدأ العدالة والمساواة بين الإدارة والملتزم سبيله
 بالاتفاق والتراضي من خلال اختيار وسيلة التحكيم وجهة التقاضي في المنازعات
 الناشئة بينهما فكان اختيار أغلبية شركات الامتياز بنظام *B.O.T* طريق التقاضي
 أمام محكمة القضاء الإداري صورة معبرة لما يتمتع به قضاء مجلس الدولة
 المصري من ثقة في التعامل لدي الأطراف المتنازعة ، بحسبان أن سرعة الفصل
 في الدعاوى سمة مميزة لأي نظام قضائي الحق محوره والعدل غايته . فكلما أمكن
 حسم المنازعات دون إبطاء استقر إحساس الفرد بالأمن و الأمن ، وانعكس أثر ذلك
 بصفة مباشرة في مجال التنمية والاستثمار لاسيما الاستثمار القادم من الخارج .

وأخذاً بفكرة العدالة والتوازن الدقيق في المصالح أيقنت الإدارة في ظل
 الاقتصاد الحر أن للمتعاقد الحق الكامل في سلسلة من التعويضات حين يتحمل
 تكاليف على عاتقه أكثر شدة مما توقعه عند إبرام العقد من منطلق أن الملتزم لو علم
 بهذه التكاليف الزائدة لما أقدم على التعاقد يادئ الأمر وبذلك اتخذت الإدارة في مرحلة
 الإبرام منهجاً جديداً مؤداه وضع مصالح طرفي عقد الامتياز في كفتين متساويتين
 عن طريق إيجاد تقنية تعاقدية تكفل تنفيذ ضرورات المصلحة العامة في حدها الأقصى
 "متوازنة" مع متطلبات المصلحة الخاصة للملتزم بطرح مفهوم المساواة على أساس
 تأمين مصلحة كل من الطرفين معاً سواء بسواء.

مبدأ المساواة بين المتنافسين: يستهدف هذا المبدأ إفساح مجال المنافسة للكافة في
 مجال التعاقد مع الإدارة "كقاعدة عامة" ، ويحد من هذا المبدأ قيودان أولهما: ما
 تفرضه الإدارة من شروط معينة تري وجوب توافرها فيمن يتقدم للمنافسة ،
 وثانيهما: ما تتخذه الإدارة من إجراءات وهي بصدد تنظيم أعمال المنافسة باستبعاد
 بعض الأشخاص لسوء سمعتهم ، أو لعدم قدرتهم الفنية أو المالية في عقد الامتياز ،
 ويترتب على هذا الإجراء توفير الكثير من الجهد والوقت في لجان الفحص والبت .

* مرحلة آثار عقد الامتياز

الثابت أن عقد الامتياز من أنجع وسائل الرأسمالية في إدارة المرفق العام،،
 و في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T* فإن الملتزم يتحمل وحده أعباء وتكاليف إنشاء

مرفق الامتياز وإدارته واستغلاله ،،، وبصفة عامة يقع على الملتزم مسؤولية بذل أقصى جهد ومواصلة الحرص الشديد في سبيل أداء التزاماته العقدية التي لا تقف عند حد نصوص عقد الامتياز مهما كان مستوى محدداتها بلوغاً في الدقة فالنفع العام يمثل الهدف الذي تسعى الإدارة إلى تحقيقه بأفضل وجه ، وهو القاعدة العامة التي تبنى عليها أحكام تنفيذ عقد امتياز المرفق العام .

ومن مقتضيات أعمال قاعدة النفع العام الالتزام بمدد التنفيذ وعدم جواز التوقف عنه وكذلك منح الإدارة سلطة واسعة في الرقابة على أعمال التنفيذ والصيانة ، وهي سلطة ثابتة ولو لم ينص عليه في العقد وتظل موجودة طالما وجد المرفق العام ، وأيضاً حق الملتزم في الحصول على المقابل المالي والحق في تعديل شروط العقد ، وحق الملتزم والإدارة في إحلال التوازن المالي لعقد الامتياز،،، كذلك تحديد حقوق والتزامات "الغير" أولئك الذين تمتد إليهم آثار عقد الامتياز وأيضاً التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه ، وعدم جواز تنازله عن العقد ، أو التعاقد من الباطن ، واستمرار التنفيذ رغم وفاة الملتزم أو إفلاسه أو إعساره.

الاعتداد بعنصر الاعتبار الشخصي في التنفيذ : وفي مجال التزام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه يركز عنصر الاعتبار الشخصي على فكرة قوامها ضرورة توافر صفات جوهرية في الملتزم ، تجعله قادراً على الاستمرار في تنفيذ العقد طوال مدته ، فالاعتبار الشخصي وسيلة غايتها النفع العام ، ولا يعني جهة الإدارة أن يتم التنفيذ المادي للعقد من جانب الملتزم بقدر ما يعنيها مسؤوليته الشخصية عن هذا التنفيذ ، ومن ثم يجوز للملتزم بموافقة الإدارة التنازل عن العقد ، أو التعاقد من الباطن مع غيره ، شريطة أن يظل هو المسئول الأول عن تنفيذ عقد الامتياز بأكمله ، مع الحصول على موافقة الإدارة مقدماً على التنازل ، وكذلك التعاقد من الباطن.

احترام مدد التنفيذ : يعد احترام مدد التنفيذ في عقد الامتياز بمثابة ترجمة فعلية لتنفيذ قاعدة سير المرافق العامة بانتظام وتحرص التشريعات ودفتر الشروط الملحق بعقود الامتياز على إيراد نصوص خاصة بمدد التنفيذ وتحديد الجزاءات التي توقع على الملتزم حال تخلفه عن الوفاء بالتزاماته في المواعيد المحددة ، وتعتبر مدة الالتزام من الشروط التي تستقل الإدارة بتعديلها ، ولكن يمتنع عليها أن تسحب

المرفق من الملتمزم الأصلي لتمنحه إلى ملتمزم جديد قبل نهاية مدته ما دام الملتمزم الأصلي يوفي بالتزاماته على أتم وجه .

التوقف عن التنفيذ :لا يجوز للملتمزم - كقاعدة عامة- التوقف عن التنفيذ بحجة أن الإدارة تخلفت هي الأخرى عن تنفيذ التزاماتها إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا على هذا الأصل فيجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة، وبالتالي لا يحق للإدارة أن توقع عليه غرامه تأخير ما دامت قد تراخت في تنفيذ التزاماتها مما أعجزه عن تنفيذ التزامه قبلها .

والحقيقة أن عدم جواز التوقف عن التنفيذ رهن باستطاعة الملتمزم الاستمرار

فيه ،، فلا يصح أن يبلغ تراخي جهة الإدارة حدا يعجزه عن الوفاء بتنفيذ التزامه ، بمعنى ألا يصل تقصيرها إلى حالة ينشأ عنها استحالة التنفيذ.

رقابة الإدارة على أعمال التنفيذ: تتنوع صور الرقابة على عملية التنفيذ في عقود الامتياز فتشمل : الرقابة الفنية ، والرقابة المالية ، ورقابة الصيانة والتجديد ، هذا ويوجد نوع آخر من الرقابة هو الرقابة الإدارية بالنسبة لعقد الامتياز بنظام B.O.T.

وتنصب سلطة رقابة الإدارة وإشرافها في تنفيذ عقد امتياز المرفق العام باللتزام المستوى الحدي الذي يمكن التوفيق فيه بين اعتبارين أساسيين أولهما: يكمن في الرضائيه بوصفها جوهر فكره العقد وثانيهما: يتمثل في الخصائص الذاتية لعقد الامتياز والدور الذي تلعبه فكرة المرفق العام في تزويد الإدارة بسلطات واسعة في مواجهة الملتمزم، لضمان السير المنتظم والمستمر لمرفق الامتياز الذي من أجله أبرم العقد.

فالإدارة تمارس رقابتها بالمعنى الضيق في عقد الامتياز للتأكد من سير عمليات الاستغلال بانتظام واطراد ، دون أن تتضمن توجيهها أو تدخلا في إدارة المرفق يعوق الملتمزم عن مباشرة نشاطه، فالمادة "٣٠" من دفتر الشروط العامة لعقود امتياز الانارة في فرنسا تنص على أنه " ليس لموظفي الرقابة التدخل بأي حال في إدارة الاستغلال " وتتضمن اتفاقيات الامتياز في قطاع البترول بأن " يراعى ممثل الهيئة أثناء ممارسته لتلك الحقوق (حقوق الرقابة) عدم إعاقة عمليات المقاول ،وهي العمليات الخاصة بالاستغلال ، فالإدارة تراعى دائما المواعمة بين اعتبارين

جوهريين هما : كفالة حرية الملتزم في إدارة المرفق محل عقد الامتياز ، وأيضاً ضمان سير مرفق الامتياز بانتظام واطراد من خلال أعمال سلطتها في الرقابة التي نقف - في حقيقة الأمر - عند حد الإشراف على عمليات الاستغلال .

رقابة الإدارة على أعمال الصيانة : يشكل هذا النوع من الرقابة عنصراً أساسياً في التحقق من سلامة المنشآت والمعدات والأكوات في عقد الامتياز اعتباراً بأن كل شئ له عمر افتراضي ، وكذلك القوى البشرية هي الأخرى في حاجة ماسة إلى التدريب وتجديد المهارات في ظل التطور التكنولوجي الحديث حتى يؤدي مرفق الامتياز خدماته للمنتفعين به طوال مدته على أكمل وجه ، وعلى أن يظل المرفق بعد أبلوئه بمنشآته ومبانيه وأجهزته ومعداته في حالة صالحة طوال المدة المنصوص عليها في العقد .

وفي عقود امتياز الـ B.O.T. تزداد حدود الرقابة وتختلف أهدافها ، نظراً لوجود ممثلين للهيئة المصرية العامة للطيران المدني في مجلس إدارة الشركة صاحبة الامتياز ، فالرقابة هنا لا تقف عند حد الإشراف على عملية الاستغلال بل تمتد بالمشاركة في الإدارة والتشغيل وفي صنع القرار من وجهين:

١- أنه بالرغم من حيازة الشركة صاحبة الامتياز على أغلبية في مجلس الإدارة ، إلا أن اعتراض الهيئة المالكة يكون له تأثير فعال من خلال الاشتراك في المناقشات إبان عرض مشروع القرار قبيل مولده في مجلس الإدارة ، ولا ريب أن الشركة تكون حريصة على إمعان النظر والتبصر نحو تلبية ما تراه الهيئة لازماً .

٢- يتضح من الأحكام الواردة بعقود امتياز الـ B.O.T. أن هناك اختصاصات تنهض بها الهيئة وحدها في مجال الإدارة والتشغيل، بما ينطوي عليه ذلك من تدخل الهيئة في العديد من الأعمال الإدارية والفنية .

والحقيقة أن تدخل الهيئة يستهدف تحقيق اعتبارين أساسيين: أولهما إتباع سياسة موحدة في إدارة وتشغيل المطارات ، بما يتفق وضرورة بسط سيادة الدولة على هذا المرفق الحيوي في كافة الأرجاء ، وهذا دليل ناصع بأن شركات الامتياز لم تعد تشكل سيطرة للمستثمر الأجنبي على مقاليد الأمور في البلاد ، وثانيهما أن نشاط مرفق النقل الجوي يخضع لنظام المركزية في الإدارة ، ومن أخص واجبات الهيئة المالكة أن تثمر جهودها استمرار نجاح مرفق الطيران في مختلف الأرجاء .

حق الملتزم في المقابل المالي في عقد الامتياز: تتمثل الحقوق المالية للملتزم في
عنصرين جوهريين هما المقابل المالي الذي يحصل عليه الملتزم ، وحقه في الحفاظ
على التوازن المالي لعقده ، ومن ثم إعادته إلى حالته الطبيعية كلما حدث خلل فيه
نتيجة الظروف المختلفة التي قد تصادف العقد أثناء تنفيذه.

ومن الثابت في بنود عقد امتياز الـ B.O.T- أن المقابل المالي الذي
يحصل عليه الملتزم من المنفعين ، وليد اتفاق بين الجهة المانحة والملتزم فلا
يستقل أحدهما بتعديله دون رضا الآخر - ومن العدالة احترام مقتضيات الطابع
التعاقد في هذا النطاق لكونه يمثل أهم حقوق الملتزم ،،، والأمر على خلاف ذلك في
نصوص القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذي لا تسري أحكامه على عقود امتياز
الـ B.O.T .

وجدير بالذكر أن تقرير زيادة مقابل الخدمات في مجال الطيران أمر ميسور ،
إلا أن الدولة لم تترك تحديد وتعديل هذا المقابل لإرادة الملتزم وحده في عقود
امتياز الـ B.O.T ، بهدف الحفاظ على أبعاد وتوازن عدة عوامل في مجال التنمية
الاقتصادية بوجه عام، والنشاط السياحي بوجه خاص ، أهم وأجدي من مجرد
الحصول على نسبة أعلى من عائد الاستثمار في هذا المجال.

حق الإدارة في تعديل عقد الامتياز: وتتمتع الإدارة بسلطة تعديل وتغيير شروط العقد
وإضافة شروط جديدة بزيادة أو إنقاص التزامات المتعاقد معها دون الحصول على
موافقته ، وفق ما يتراءى لها أنه أكثر إتفاقاً مع الصالح العام ودون أن يحتج الطرف
الآخر بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، وطالما أن التزامات المتعاقد على هذا
النحو من المرونة فالعدالة تقتضي إضفاء ذات الصفة على حقوق المتعاقد في
مواجهة الإدارة ، ذلك لأن تعديل أركان العقد قد يترتب زيادة في الأعباء المالية بنحو
يقلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ، وبالتالي ينبغي على الإدارة تغطية تلك
الأعباء الجديدة على الوجه الذي يعيد للعقد توازنه وردة إلى حالته الطبيعية كي
يستمر مرفق الامتياز يؤدي خدماته للمنتفعين به.

فلا يتصور أن يقبل الملتزم معاونة الإدارة في تسيير مرفق عام دون مقابل ،
بل ليظفر بفائدة وربح معلوم ، ولن يكون هناك وجه للشكوى في حالة إجراء تعديل

للعقد ، إذ أنال الملتزم حقه في التعويض على نحو يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح حلال ، أما إذا تحول الأمر على غير هذا المقتضي ، فلن يقبل أحد من الناس المجازفة ويبرم مع الإدارة عقداً يخضع لمحض سلطتها العامة.

التوازن المالي لعقد الامتياز : حين يختل التوازن المالي للعقد ويلحق ضرراً بالإدارة أو بالمنتفعين ، فإن إحلال التوازن يصير حقاً لها والتزاماً يتحمله المتعاقد إذا كان الإخلال راجعاً إلى خطأ منه ، أما إذا نجم الإخلال بفعل الإدارة سواء بخطأ أو دون خطأ منها ، فإن إحلال التوازن يصير حقاً للملتزم والتزاماً على عاتق الإدارة ، ذلك أن فكرة التوازن المالي تستهدف تحقيق مبادئ العدالة بما ترتبه من عدم جواز إثواء أحد طرفي العقد على حساب الآخر.

ويتحقق التوازن الدقيق في المصالح من خلال إيجاد علاقة تعاون بين الإدارة و الملتزم بغية إنجاز عمل محدد ، والاعتراف بحقه في سلسلة من التعويضات إذا تحمل على عاتقه تكاليف أكثر شدة ، من منطلق أنه لو علم بهذه التكاليف الزائدة لما أقدم على إبرام العقد منذ البداية ، ولهذا يستحق الملتزم تعويضاً عادلاً لجبر الأضرار التي تلحق مركزه التعاقدية ، حين تنقلب ظروف العقد على أثر ممارسة الإدارة سلطة التعديل ، اعتباراً بأن ضرورات المرفق العام لا تغني التضحية بمصلحة المتعاقد وتركه يتحمل وحده عبء جميع الأضرار ،،، فالعدالة تفرض قيام تلازم بين مصالح طرفي العقد وتعادل كفتي الميزان بينهما ،،، وعلى الإدارة المبادرة في الوقت المناسب إلى معاونة الملتزم ، بهدف التغلب على العقبات التي تصادفه أثناء التنفيذ حتى يتمكن من الوفاء بالتزاماته العقدية على نحو صحيح.

والحقيقة أن التوازن المالي بمفهوم العدالة يشكل إحدى الملامح الأكثر أصالة للنظام القانوني للعقد الإداري إذ يجعل العلاقة العقدية بين الطرفين أقل اختلافاً وتنازعا من العلاقة التعاقدية في العقد المدني والتي لا تظهر فيها روح التعاون بمقدار ما تظهر نوايا كل طرف منهما وهو أشد حرصاً على تأمين مصلحته دون سواه ، بيد أن الأمر على خلاف ذلك في عقد الامتياز حيث تنشأ فيه بالضرورة ومنذ البداية علاقات سوية مشربة بروح التعاون الجيد بين الإدارة و الملتزم في نحو يتلاءم مع حسن سير المرفق العام الذي يتصل بالعقد به سنين عدداً.

وفي نطاق تحقيق التوازن المالي في تنفيذ عقد الامتياز استقر الفقه والقضاء على الأخذ بنظريات ثلاث وهي : فعل الأمير ، والظروف الطارئة والصعوبات المادية غير المتوقعة ، وهذه النظريات تتضمن القواعد المتعلقة بأساس التعويض المستحق للملتزم ووسائله وحدوده وأوضاعه ومداه في مختلف الأحوال ، فهو تعويض جزئي طبقاً لنظرية الظروف الطارئة وتعويض كامل في نطاق نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة.

هذا وتسري الأحكام والمبادئ العامة المشار إليها على عقود الامتياز بنظام

الـ B.O.T. ، وقد تضمنت بنود هذه العقود ووثائقها حدود التعويض ومداه في مختلف الأحوال.

امتداد آثار عقد الامتياز إلى الغير : تمتد آثار عقد الامتياز إلى "الغير" وهم أولئك الذين يمنحهم القانون نصيباً من الحقوق ، ويفرض عليهم قدراً من الالتزامات ، وهذه الالتزامات تمثل تكاليف وأعباء مفروضة على الغير لصالح الملتزم ، وحقيقة الأمر أنها سلطات ومزايا ممنوحة للملتزم ، فالسلطات تخوله حق الاستيلاء المؤقت أو الحصول على مواد من الأراضي المجاورة ، أو نزع الملكية ، وكذلك الحصول على مقابل مالي من المنتفعين بخدمات مرفق الامتياز ، وتمثل المزايا استثناء الملتزم من قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة ، وتبرز في حالات : شرط عدم منافسة الغير وإعفاء الملتزم من بعض الضرائب طوال مدة العقد أو لمدة محددة منه ومنحه مزايا وحوافز استثناء من بعض القوانين ، ومنع الحجز على ممتلكات مرفق الامتياز.

وتتمثل حقوق الغير في مطالبة الإدارة بأن تبرم العقود الإدارية وفقاً للقانون ، وكذلك مقاضاة الإدارة بطلب إلغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها إذا ما جاءت مخالفة للقانون ، كما لو استبعدت الإدارة عطاء أحد المنافسين بدون وجه ، أو قامت بإرساء مناقصة على غير صاحب العطاء الأول تعسفاً ، فضلاً عن حق الغير في الحصول على تأمين ضد الأخطار التي تصيبه من جراء تنفيذ العقد.

كما يستطيع المنتفع أن يلجأ إلى القاضي المدني للحصول على حكم بأحقية في الحصول على الخدمة ، وإلى القضاء الإداري للحصول على حكم بإلغاء القرارات

الإدارية التي تُخول الملتزم مخالفة شروط العقد ، وفي حالة رفض الإدارة التدخل (القرار السلبي) لإجبار الملتزم قضاءً على تنفيذ شروط العقد.

*مرحلة نهاية عقد الامتياز :

يشكل الزمن عنصراً جوهرياً في عقد الامتياز حيث ينتهي العقد بانتهاء مدته وقد ينتهي نهاية مبسرة قبل حلول أجله ، إعمالاً لحق الإدارة في اختيار الأسلوب الذي تراه مناسباً لإدارة وتشغيل مرفق الامتياز.

ويشترط القانون ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الخاص بالتزامات المرافق العامة تنظيم أوضاع الاسترداد في وثيقة الامتياز بما يكفل للملتزم الحصول على حقوقه المالية وفق قواعد التعويض المنصوص عليها في العقد ، بينما تخلص القوانين الصادرة في شأن منح امتياز المرافق العامة بنظام الـ *B.O.T.* من الإشارة إلى ذلك .

ولا يعني عدم تنظيم أوضاع الاسترداد في وثيقة الامتياز حرمان الإدارة استرداد الالتزام خارج الإطار التعاقدى ، بل إنها تملك استرداد مرفق الامتياز في جميع الأحوال قبل نهاية مدته ، وخلال المدة المحظور فيها مباشرته ، وفي المقابل يستحق الملتزم تعويضاً كاملاً يشمل ما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب .

هذا ويجوز للإدارة توقيع جزاء الإسقاط عند ارتكاب الملتزم خطأ جسيماً في تسيير مرفق الامتياز ، حتى ولو لم يرد النص عليه في عقد الامتياز أو في كراسة الشروط الملحقة به ، ويتم توقيع جزاء الإسقاط في فرنسا بمعرفة القضاء طالما لم تحتفظ الإدارة لنفسها بهذا الحق في نصوص العقد أو في كراسة الشروط ، ويتشدد مجلس الدولة في فرنسا ومصر في طبيعة الأخطاء التي تبرر توقيع هذا الجزاء ، ويتعين إعدار الملتزم وتمكينه من تقديم أوجه دفاعه.

ومع التسليم بأن القضاء هو المختص بتوقيع عقوبة الإسقاط في عقد الامتياز ، فهذه الولاية إنما تسري في عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* وفق آليته الجديدة من باب أولى.

ويبسط القضاء الإداري رقابته على القرارات الإدارية المتطرفة بإنهاء عقود الامتياز والامتياز بنظام الـ *B.O.T.* ، وأصبح تسبب القرار الإداري أمراً لازماً لسلامته ، ومن خلال تطبيق نظرية الغلط البين في التقدير قدم مجلس الدولة حلولاً

قضائية للمشاكل العملية في مجال تحقيق الموازنة بين حقوق الإدارة وحقوق الأفراد ، مما يصدق إعماله في تحقيق التوازن المالي والاقتصادي في عقد الامتياز .
وتحوي عقود الامتياز في فرنسا ومصر نصوصاً تقضي بأيلولة بعض الأموال إلى الدولة مجاناً ، والبعض الآخر عن طريق الشراء ، وما لم ينص عليه في العقد يبقى ملكاً للملتزم - فالمبدأ المسلم به أن أحكام التصفية ذات طبيعة تعاقدية ملزمة ، وبالتالي تقتصر مهمة القاضي على تطبيق النصوص المتفق عليها في العقد ،،،، بينما تنص بنود عقود الامتياز بنظام الـ B.O.T. على أيلولة أموال ومنشآت الامتياز إلى الدولة مجاناً في نهاية مدته.

البند الثالث: أهمية عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T. وأثاره
الاقتصادية والمالية ، مشفوعة بـ : تقدير
وسيلة الامتياز في مصر ،،، وأهم المقترحات
الحدرة بالنظر في محال التطبيق العملي
لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T.

أهمية عقد الامتياز بنظام الـ B.O.T.

نشأة عقد امتياز بنظام الـ B.O.T. : ذكر البعض أن الجنور التاريخية لنظام **B.O.T.** ترجع إلى الامتياز الذي انتشر في القرن التاسع عشر ومطلع القرن العشرين وذهب البعض الآخر إلى أن نظام **B.O.T.** يختلف جوهرياً عن الامتياز القديم الذي كان يطلق يد الملتزم في التصرف في مرفق الامتياز مما حدا بالبعض تسميته " استغلالاً " لأن الحكومة لم تكن تمارس أية سلطة عليه.

والراجع أن أول من أطلق اصطلاح **B.O.T.** هو الرئيس الراحل تورجوت أوزال تعبيراً عن المنهج الاقتصادي الجديد في تركيا ، وطبقاً للبرنامج الانتخابي الذي نجح على أساسه في أوائل الثمانينيات من القرن العشرين.

ومع ظهور أزمة الديون والأزمة الاقتصادية في الثمانينيات . تقلصت قدرة مصر شأن بعض دول أخرى على تدبير الأموال اللازمة لإنشاء مشروعات بنية أساسية جديدة ، أو حتى الإبقاء على الخدمات الأساسية القائمة في حالة جيدة ، وفي هذه الأثناء ظهرت آلية جديدة لتمويل هذه المشروعات أطلق عليها في الأدبيات الاقتصادية مصطلح **B.O.T.** : وهي آلية معقدة ومتشعبة البيانات والتفصيلات وتستند إلى فكرة واضحة مؤداها تمكين الحكومة من التوسع في مشروعات البنية الأساسية وتحسينها عن طريق استغلال الموارد خارج مخصصات الميزانية والتزامات الدولة وأعبائها من الديون الداخلية والخارجية .

وقد شهد الاقتصاد المصري إبان ذلك تحولاً متنامياً نحو الاقتصاد الحر بهدف النهوض بمد احتياجات المواطن ، وتنمية النشاط التصديري للمنتجات والخدمات ، إذ لن يتأتى دخول ميدان المنافسة ، إلا من خلال تصميم أفضل أو سعر أقل أو كليهما معاً ، ولهذا اختارت مصر الامتياز بنظام الـ **B.O.T.** والذي أصبح وفق آليته الجديدة أنجع وسائل الرأسمالية في إنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة.

استراتيجية امتياز الـ B.O.T. : يعتبر تمويل المشروعات هو حجر الزاوية في استراتيجية B.O.T. ، وهذا يعني أن المستثمرين والمقرضين يركزون أساساً على أصول المشروع وما يدره من عائد للسداد ، أكثر من تركيزهم على مصادر الضمان الأخرى مثل الضمانات الحكومية أو أصول الجهة المشاركة في المشروع ، وتقوم "استراتيجية B.O.T." على اتفاقيات ذات طبيعة خاصة لتمويل وبناء وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ، وفق الأسس الآتية :-

➤ أن التمويل يتم بعيداً عن ميزانية الدولة وعن القروض السيادية بما من شأنه تفادي فرض ضرائب جديدة أو رفع معدلات الضرائب القائمة ، إما لأسباب سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو مالية (انكماش مثلاً) .

➤ تفادي ارتفاع أسعار الفائدة لتشجيع القطاع الخاص على الاستثمار ،،، وتفادي مشكلات ميزان المدفوعات وعدم اللجوء لاحتياطي العملات الصعبة ، وما يترتب على ذلك من تخفيض قيمة العملة.

➤ تنفيذ المشروعات بشكل أكثر كفاءة وأقل تكلفة من خلال متابعة التطورات التكنولوجية المتقدمة ، والاستعانة بالفنيين والمشرفين والمهندسين المتخصصين والمؤهلين .. إلخ .

➤ الحصول على أحدث التكنولوجيات الجديدة المتقدمة ، وإدخالها في القطاع المعني ، ثم انتشارها إلى القطاعات الأخرى بحكم عدوي المنافسة .

➤ غرس مفاهيم جديدة مفادها أن القطاع الخاص يستطيع المشاركة الإيجابية في عمليات التنمية بدلاً عن القطاع العام والذي كان يقيم المشروعات بأعلى من تكلفتها الحقيقية وبتكنولوجيا متخلفة ولا يخفي ما ينطوي عليه ذلك من إهدار للمال العام.

ولا شك إن البنية الأساسية والخدمات العامة المنخفضة التكاليف أصبحت شرطاً لا غنى عنه لقيام تنمية اقتصادية ناجحة ، وإنتاج سلعي قادر على المنافسة في الأسواق العالمية في ظل اقتصاد دولي جديد يتجه نحو "العولمة" وينبغي على الدول النامية مواجهة التحديات الاقتصادية على الصعيد العالمي بل والمحلي، من خلال المشاركة في شبكة الإنتاج العالمية لتوفير خدمات البنية الأساسية (من طرق

- ومواصلات - وسكك حديدية - ومحطات كهرباء - ومياه - وصرف صحي -
وخدمات صحية - وخدمات تعليمية... الخ) .

اختلاف عقد امتياز الـ B.O.T. عن العقود المشابهة له: إن عقد الخصخصة هو "
عقد بيع إداري " تبرمه الإدارة " كطرف أول " مع آخر من القطاع الخاص " كطرف
ثان " ، الذي بمقتضاه يتصرف الطرف الأول في بيع مشروع مملوك للدولة بنقل
ملكته إلى الطرف الثاني جزئياً أو كلياً، ومن آثار هذا العقد اعتبار " الطرف الثاني "
مساهماً في رأس المال ، وشريكاً في الإدارة بنسبة ما يملكه ، أما في حالة نقل
الملكية كلياً إلى " الطرف الثاني " فإن صلة الإدارة بالمشروع تنقطع بصفة نهائية .

وليس الحال كذلك في عقد امتياز الـ B.O.T. إذ ينصب العقد على إنشاء
وتشغيل وتسيير مرفق عام لمدة محددة بواسطة الملتزم ، مع احتفاظ الدولة بحق
الميطرة والرقابة والإشراف عليه حتى انتقال ملكته إليها في نهاية فترة الامتياز،،،
وبهذه المثابة يختلف عقد الامتياز عن عقود الأشغال العامة والانتفاع والتأجير
التمويلي والعقد المجمع وذلك على النحو المفصل في البحث.

اتفاق عقد امتياز الـ B.O.T. مع الشريعة الإسلامية : الأصل في إنشاء العقود في
الشريعة الإسلامية هو مبدأ التراضي شريطة أن يتحقق توازن دقيق بين الصالح
الفردى ممثلاً في حرية الشخص في إنشاء العقد ، وبين الصالح العام المتمثل في
جعل آثاره الرئيسية من عمل الشارع وحده ابتغاء حفظ العدل بين الخلق وصون
المعاملات عن دواعي الفساد ومنع الضرر في المعاملات وحماية المتعاقدين من وجود
أية شروط تصفية أو تدليسية من شأنها الإخلال بالعدالة في مجال الرابطة العقدية.

وبإتزال مبادئ الشريعة الإسلامية على عقود الامتياز المرفقة بقرارات مجلس
الوزراء أرقام ٣،٢،١ لسنة ١٩٩٨ الصادرة بمنح امتياز إنشاء ثلاث مطارات
بنظام الـ B.O.T. تبين أن العقود الثلاثة تتفق مع مبادئ الشريعة وأحكامها.

لقيت آلية الامتياز بنظام الـ B.O.T. تأييداً ومساندة من قبل البنك الدولي كاستراتيجية لزيادة الكفاءة ، وخفض الأعباء عن الموازنة العامة من ناحية ، ودعم وتنمية القطاع الخاص من ناحية أخرى ، نظراً لما تتمتع به من مزايا أهمها:

* توفير أساليب تمويلية مبتكرة لتمويل مشروعات البنية الأساسية الضرورية ذات التكاليف المرتفعة نتيجة للتطور التكنولوجي.

* تستطيع الدولة توجيه مواردها العامة إلى القطاعات الإستراتيجية.

* يسهم الامتياز في نقل مخاطر تنفيذ المشروعات من الدولة إلى القطاع الخاص مع ضمان الإشراف عليها من قبل الأجهزة المعنية.

* تمكين القوى البشرية من اكتساب الخبرات الفنية العالية من خلال الاستثمارات والتكنولوجيا المتطورة في مشروعات الـ B.O.T. .

* زيادة فرص التنمية الاقتصادية وتحسين مستوى الدخل .

* تنشيط سوق المال عن طريق التوسع في إنشاء شركات جديدة وطرح أسهم وسندات وهي سبل جديدة للاستثمار .

ويترتب على الأخذ بهذه الآلية آثار إيجابية لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T. على البورصة والميزانية العامة للدولة ، ومصادر التمويل من القطاع المصرفي ، وقطاع التأمين، وتشغيل العاملين المصريين:

أثر مشروعات الـ B.O.T. على البورصة والميزانية العامة للدولة : الثابت أن الملزم يتحمل وحده تكلفة إنشاء المشروع ومصاريف إدارته وصيانته طوال مدة عقد الامتياز. فيلزم أن يدبر الملزم الموارد المالية الكافية للقيام بالتزاماته العقدية والمدخل لذلك هو بورصة الأوراق المالية سواء في سوق الإصدار أو سوق التداول وذلك نتيجة إصدار أسهم الشركات الجديدة سواء كانت مغلقة أو ذات اكتتاب عام ،،، وإذا كان الملزم شركة قائمة فعلاً ، فإنها تستطيع تدبير تمويل ذاتي عن طريق زيادة رأس مالها ، وحينئذ ينشط سوق الإصدار نتيجة إصدار أسهم الزيادة - بما من شأنه إيجاد بضاعة جديدة في السوق قابلة للتداول في البورصة كما ينشط سوق الإصدار وسوق التداول إذا ما لجأت الشركة إلى إصدار سندات أو صكوك تمويل ذات عائد مجزٍ سواء أكان ثابتاً أو متغيراً.

وعلى ذلك فإن استخدام أموال القطاع الخاص في إقامة المشروعات بنظام الـ B.O.T يقلل من حاجة الدولة إلى الاقتراض من الأسواق العالمية ويجنبها الضغوط السياسية كما ينقل عبء المخاطرة إلى القطاع الخاص الذي يتحمل وحده تكاليف إنشاء وإدارة المشروعات وصيانتها ، دون تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء .

أثر عقود الـ B.O.T على مصادر التمويل من القطاع المصرفي: إن تمويل القطاع المصرفي لنظام الـ B.O.T من شأنه أن يؤثر بالسلب على مصادر التمويل المحلي، ما لم تخضع شركات الـ B.O.T لمعايير الجدارة الائتمانية المتبعة طبقاً لنسبتي الاحتياطي والسيولة الواجب توافرها لدى البنوك، وإلى القواعد والضوابط والشروط المتعلقة بمنح الائتمان ، و الحدود القصوى لمنح القروض بالنسبة للعميل الواحد على مستوى جميع البنوك - فحينئذ لا خوف على مصادر التمويل المتاحة من جانب الجهاز المصرفي.

وينبغي النص في عقود امتياز الـ B.O.T بأن يتم تدبير نسبة معينة من تكلفة التنفيذ عن طريق التمويل الذاتي لشركة الامتياز ، مع توفير الضمانات الكافية لتغطية القروض المصرفية وفوائدها عند تخلف الشركة أو تعثرها في السداد وبذلك ينتفي أي تأثير سلبي لعقود امتياز الـ B.O.T على مصادر التمويل المحلية .

وقد كان لتوجهات البنك الدولي ومؤسسة التمويل الدولية I.F.C ومنظمه اليونيدو UNIDO أثر فعال في تمويل مشروعات الـ B.O.T عن طريق البنوك بضرورة توافر شروط الائتمان وفق الأسس والمعايير والقواعد الآتية :

- * عدم زيادة حجم التمويل لأي مشروع على نسبة ٣٠% من القاعدة للرأسمالية للبنك في صورة استثمارات طويلة الأجل.

- * أن التمويل في مشروعات الـ B.O.T يحتاج إلى استعلامات وافيه وضمانات خارجية الأمر الذي لا يتوافر للبنوك صغيرة الحجم فضلاً عن ارتفاع التكلفة الاستثمارية مما يجعل هذه البنوك عاجزة عن تقديم التمويل المطلوب.

- * أن تمويل هذه المشروعات أو إقراضها ، يتطلب توفير عملات أجنبية لاستيراد مكونات وتحويل فوائض مالية.

* أن هناك عدة خطوات تتبعها البنوك لتمويل المشروعات بنظام الـ *B.O.T.* بمراعاة القواعد التي تحكم الاستثمار أو الإقراض ، ويختلف الأمر في حالة المساهمة في شركة المشروع ، أو منح ائتمان مصرفي لمشروع قائم ، فبالنسبة للمساهمة في إنشاء شركة وفق هذا النظام . فإن البنك يقوم بتحديد نسبة مساهمته في رأسمالها ، وفق السياسة والضوابط الموضوعية حسب نوع النشاط وحجمه و العائد المتوقع منة و المدة ، علي أن يتولي البنك أعمال وكيل المؤسسين و تلقى الاكتابات حتى يتم إنشاء شركة امتياز الـ *B.O.T.* مع استمرار البنك في الإشراف و المتابعة.

وفي حالة منح الائتمان فإنه يجب على البنك التأكد من نشاط العميل وجدواه وسمعته ، وعدم منح الائتمان إلا في حدود الملاءة المالية ، وما دفعه العميل من رأس مال في مشروعه ، ولا عبء بالأموال المقترضة من بنوك أخرى ، مع التأكد من استخدام الأموال المقترضة في مجال النشاط الممنوح على أساسه الائتمان ، وليس في أية أغراض أخرى.

وحقيقة الأمر أنه يجب التعامل مع هذه مشروعات الامتياز بفكر جيد وضوابط وفق اعتبارات العائد المتوقع ، والضمانات الحكومية المقدمة لها ، والوسائل القانونية التي تكفل للبنك مواجهة حالات عدم السداد ، من خلال دراسة القدرة على استرداد حقه عن طريق حوالة الحق من حصيلة: الرسوم وبوالص التأمين على النحو وبالوسائل المقترحة في البحث.

فإذا ما أحسن اختيار الشركات التي تُسند إليها مشروعات الـ *B.O.T.* وفق ضمانات وشروط واضحة ، فلا شك في المردود الإيجابي على البورصة والميزانية العامة والقطاع المصرفي بصفة خاصة والاقتصاد القومي بصفة عامة .

التأمين ضد المخاطر في مشروعات الـ *B.O.T.* : يتخذ المستثمر قرار اختيار أية دولة لاستثمار أمواله بتوافر مناخ ملائم فيها ، يُمكنه من الحصول على عائد مجزٍ يفوق القدر الذي يتحقق في الفرص البديلة.

وإنه بالرغم من أهمية المظلة القانونية ضد المخاطر المكفولة بموجب عقود امتياز الـ *B.O.T.* ، إلا أن توفير ضمان تأمين خاص (إضافي) لـدي شركات

ومؤسسات التأمين يمثل العامل الحاسم والمهيكل الآمن لصالح المستثمر لتوجيه أمواله في الدولة التي تتحقق فيها هذه الميزة.

وقد كفل المشرع المصري هذا الغطاء التأميني بموجب قانون الإشراف والرقابة على التأمين رقم ١٠ لسنة ١٩٨١ ، ومن هنا برز الإقدام نحو تطوير أساليب التأمين على الأموال و الممتلكات المستثمرة في مشروعات الـ *B.O.T.* و صرف المقابل المادي لدى حدوث أي من المخاطر المتعلق عليها في وثيقة التأمين ،،، وقد تم لهذا الغرض إنشاء مؤسسات إقليمية لضمان الاستثمار هي : المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ، الوكالة الدولية لضمان الاستثمار ، المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات .

ومما لا شك فيه أن توفير ضمان إضافي ضد الأخطار ، ينعكس أثره الإيجابي في تنشيط سوق المال بصفة عامة والاستثمار في مجال التأمين بصفة خاصة ، ويتيح الفرصة لتشغيل الأيدي العاملة واكتساب الخبرات ، كما يؤمن البلاد لمواجهة مثل ما أظهرته التجربة في الأزمة المالية الآسيوية من مخاطر بما يحقق كفالة حقوق المستثمرين في ظل التغيرات الطارئة وغير المتوقعة ، فمن آمن على ماله آمن على نفسه.

أثر عقود امتياز الـ *B.O.T.* في تشغيل العاملين المصريين :يجري تأسيس الشوكات العاملة بنظام الـ *B.O.T.* وفق قانون ضمانات وحوافز الاستثمار رقم ٨ لسنة ١٩٩٧م الذي يقضى بمنح شركات امتياز الـ *B.O.T.* مزايا وحوافز وضمانات ، وبإستثنائها من الالتزام بأحكام بعض القوانين القائمة ومن بينها قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، إلا أنه فيما يتعلق بعدد و أجور العاملين المشغلين بهذا النوع من الشركات - مهما كانت نسبة مشاركة الأجانب في أسهمها فإنها تلتزم بتنفيذ أحكام قانون الشركات التي تقضى بـ : ألا يقل عدد المصريين المشغلين بهذه الشركات عن ٩٠% من مجموع العاملين بها، و ألا يقل ما يتقاضونه من أجور عن ٨٠% من مجموع أجور العاملين بها - و ألا يقل عدد العاملين الفنيين و الإداريين المصريين عن ٧٥% من مجموع العاملين، و ألا يقل مجموع ما يتقاضونه من

أجور و مرتبات عن ٧٠% من مجموع الأجور و المرتبات للفئات المذكورة من العاملين بها.

و قد استهدف المشرع بذلك تأمين تشغيل الأيدي العاملة المصرية في شركات امتياز الـ *B.O.T.* للتخفيف من حدة البطالة ، و إتاحة الفرصة أمام العاملين المصريين لاكتساب خبرات متقدمة ، وخلق كوادر في مختلف مجالات أنشطة تلك الشركات ، للنهوض بأعباء ومسئوليات العمل بها عند انتهاء مدة الامتياز و انتقال ملكيتها إلى الدولة مستقبلاً .

دور الدولة في ظل العولمة : جدير بالذكر أن دور الدولة في ظل العولمة لا يغيب وإنما يزداد الاحتياج إليه لتحفيز قوى الإنتاج و مضاعفته وإحكام الرقابة علي سلامة الأعمال في ظل إطار تنموي لعقد امتياز الـ *B.O.T.* وما يرتبط بالنشاط الاقتصادي في الدولة من قواعد مسانده لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته .

وفي هذا المضمار بات ولا مناص من تحديد إطار قانوني متكامل لعقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* يجعل من هذه الآلية خياراً استراتيجياً بوضع قواعد قانونية شاملة تستهدف تحقيق توازن في العلاقة بين طرفي عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* ، آخذين في الاعتبار أن الاستقرار القانوني والأمن التشريعي لا يعني الجمود وعدم تعديل القوانين فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطور ومتغيرات العصر و تحولاته ، يعد مظهراً من مظاهر عدم الاستقرار ، بما يخلفه ذلك من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد .

من أجل ذلك يصير أمر صياغة أحكام القوانين بما يتلاءم مع اقتصاديات السوق ضرورة حتمية ، فالنشاط الاقتصادي بطبيعته ممتد في الزمن وجوهره التعامل مع المستقبل و الرهان عليه. و كذلك عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T.* ذو أجل ممتد لعدة عقود زمنية ، وحاجته إلي الاستقرار القانوني والأمن التشريعي ماسة في الحال والمآل.

تقدير وسيلة الامتياز في مصر

(١) الامتياز في مرحلة النظام الاشتراكي: تعرض الالتزام للنقد الشديد على سند من القول بأن الملتزم شخص يسعى إلى الربح عن طريق رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة حتى يكون له الغنم وحده ولا تستطيع الإدارة ممارسة رقابتها على الوجه الأكمل في مواجهة تدخل أجنبي ينال من سيادة الدولة ، فالالتزام وسيلة من وسائل الرأسمالية في إدارة المرافق العامة ، لا تتفق ومفهوم النظام الاشتراكي.

(٢) الامتياز في مرحلة الخصخصة: " إن أعظم ثروات مصر غير مستغلة ، بينما الصحراء شاسعة وفيها متسع لمشروعات جديدة عن طريق القطاع الخاص وبالتالي ينبغي إيجاد إطار قانوني يسمح لهذا القطاع استغلال أراضي مساحتها ٩٥٠.٠٠٠ كيلو متر مربع ، وفقاً لوسيلة ورد النص عليها في الدساتير المتعاقبة أغفلناها زمنياً طويلاً وهي " عقد التزام المرافق العامة " فعقد الالتزام سيضع حلاً ، ولا خطر من أن يكون الملتزم أجنبياً ، طالما أن للعقد مده محددة وتكون الدولة قد حصلت على عقد ثابت طوال فترة الالتزام ، ثم يعود المرفق بعدها بكامل أرضه و منشأته للدولة صالحاً للتشغيل والاستغلال .

(٣) الامتياز في مرحلة العولمة (امتياز الـ B.O.T.): أعلن الدكتور رئيس مجلس الوزراء في المؤتمر العالمي لمشروعات الـ B.O.T. المنعقد في القاهرة عام ٢٠٠١ بأنه لا توجد قيود على حركة رؤوس الأموال أملاً في زيادة المشروعات بنظام الـ B.O.T. لزيادة القيمة المضافة للاقتصاد القومي شريطة تحديد أسعار الخدمات بحيث تتمشى مع مستوى محدود الدخل ، وقد أجمع المشاركون على تعاضد استخدام أسلوب الـ B.O.T. لما يحققه هذا النظام من مزايا لكل من الدولة المضيفة والشركة صاحبة الامتياز:

* بالنسبة للدولة المضيفة:

* نقل أعباء تمويل تنفيذ المشروعات للقطاع الخاص .

* توفير فرص عمل جديدة وجلب التكنولوجيا الحديثة و الخبرة الفنية.

* تنشيط سوق المال عن طريق طرح الأسهم والسندات.

* بالنسبة للشركة صاحبة الامتياز :

* تحقيق العديد من العوائد المالية والفنية و الاستثمارية.

* سداد قروض تمويل المشروع وفوائدها من إيرادات تشغيله.

* توزيع المخاطر نتيجة و جود ترتيبات تعاقدية متعددة وليس عقداً واحداً.

ومن أهم توصيات المؤتمر:

١- توفير دراسات الجدوى الاقتصادية اللازمة للتحقق من وجود مزايا تكنولوجية واقتصادية ومالية واجتماعية وفرص عمل جديدة.

٢- تضمين شروط الطرح بما يكفل تعظيم نسبة المكون المحلي في المشروع.

٣- مراعاة التوازن المالي في المشروعات ذات العائد غير المجزي .

٤- أهمية تحديد التزام الدولة المضيفة لفروق أسعار المدخلات المحلية وصرف العملات وذلك بإنشاء صندوق موازنة يمول أساساً من العوائد التي تزيد عن معدل عائد اقتصادي مناسب.

٥- وجوب تحديد آلية لموازنة فروق الأسعار الاجتماعية عن الأسعار الاقتصادية التي شملها التعاقد، وقد تكون سياسة التمييز السعري وفقاً لشرائح وأنماط الاستهلاك إحدى آليات التوازن.

أهم المقترحات الجديدة بالنظر في مجال التطبيق العملي

لمشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T.

أولاً: إنشاء هيئة أو أمانة فنية أو جهاز بحوث يتألف من عناصر قانونية وفنية وإدارية ومالية من نوي الخبرة في مجال دراسة وتقييم المشروعات للنهوض بالاختصاصات الآتية:-

- دراسة مشروعات المرافق العامة المراد إنشاؤها بنظام الـ B.O.T. .
- إعداد أسس ومعايير دراسات الجدوى في مراحل التأهيل والطرح وتقييم العروض.
- توفير قاعدة معلومات متكاملة للمشروعات المنفذة والمشروعات المقترحة ، وإعداد دليل إرشادي بالمعلومات والخطوات المعاونة في إجراءات إبرام عقد الامتياز وفي تنفيذه واتقضائه .

• حضور ممثل عن الهيئة أو الجهاز في اجتماعات الجمعيات العمومية لمساهمي شركات الامتياز بنظام الـ B.O.T. .

• التعاون مع الجهات المختصة لوضع نماذج العقود ودفاتر الشروط وتعديلها بما يتلاءم مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والتقنية.

• إبداء الرأي الفني والمالي والقانوني في مجال عقود الامتياز.

• المعاونة في إعداد وتشكيل فريق متكامل يتمتع بكفاءة وقدرة عالية في التفاوض وفي مجال إفراغ وصياغة شروط وأحكام عقد الامتياز فنيا وقانونيا حتى يكون العقد متسقا و متوافقا مع كافة الوثائق المرتبطة به مع أهمية إسهام مؤسسات التمويل الدولية لتدريب الكوادر العاملة في هذه المجالات.

ثانياً: توفير تأمين إضافي لدى شركات ومؤسسات التأمين ، إلى جانب مظلة التأمين ضد المخاطر المكفولة لمشروعات الـ B.O.T. - فمن آمن على ماله آمن على غده.

ثالثاً: وضع إطار تنموي يحدد مجالات الاستثمار وأبعاده الاقتصادية والاجتماعية في ظل سياسة تعظيم دور القطاع الخاص ، وتقنين التشريعات التي تكفل جذب المستثمرين وحماية أموالهم في مشروعات الـ B.O.T. وما يرتبط بالنشاط الاقتصادي من قواعد وأحكام مسانده لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته والتأكيد على أن دور الدولة في ظل العولمة لا يغيب ، بل تزداد الحاجة إليه لتحفيز قوى

الإنتاج و مضاعفته ، وإحكام الرقابة علي سلامة الأعمال من أجل بث روح الثقة والحماية لأموال المستثمرين اعتبارا بأن آليات النشاط الاقتصادي الحر هي في حقيقة أمرها منظومة متكاملة تعمل تحت مظلة فكرة النفع العام.

رابعاً: أهمية الاستقرار القانوني والأمن التشريعي فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطورات ومتغيرات العصر و تحولاته يعد مظهراً من مظاهر عدم الاستقرار بما يخلفه من أوضاع شاذة بين قانون غير مطبق وواقع جديد ، الأمر الذي يتعين معه صياغة أحكام القوانين بما يتلاءم مع اقتصاديات السوق . فالنشاط الاقتصادي بطبيعته ممتد في الزمن وجوهره التعامل مع المستقبل و الرهان عليه و كذلك عقد الامتياز بنظام الـ *B.O.T* ذو أجل ممتد لعقود زمنية وحاجته إلي الاستقرار القانوني والأمن التشريعي ماسة في الحال والمآل.

خامساً: إحاطة المستثمر بالمميزات والعقبات التي تواجه مشروعه من خلال إلمامه بمختلف القوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الاستثمارية والمؤثرة فيها كقوانين العمل والتأمينات والشركات وتحويلات الأرباح وتسعير المنتجات والاستيراد والتصدير والضرائب والتأمين ضد المخاطر والقوانين الحاكمة للمرافق العامة.

سادساً: اتخاذ الوسائل المتاحة لدي الدول العربية لمواجهة التغيرات والتحولات القانونية والاقتصادية المصاحبة لظاهرة العولمة بتطوير أدوات ومقومات الوحدة الاقتصادية العربية ، وتسريع إقامة السوق العربية المشتركة ومحكمة العدل العربية وتطوير قوانين الملكية الفكرية والذهنية ، وتوحيد التشريعات المتصلة بذلك.

سابعاً: دعم دور جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على توازن حقوق والتزامات المنتفعين بخدمات مرافق الامتياز ، ومنحها الأدوات والمقومات اللازمة لمواجهة حالات رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة أو حدوث تغيير في طريقة وميعاد سداد المقابل المالي للملتزم ٠٠٠٠ إلخ.

ثامناً: من الثابت أن عقد امتياز المرفق العام قد تطورت أحكامه وقواعده في ظل امتياز الـ *B.O.T* بآلياته الجديدة فالرابطة العقدية بين الإدارة والملتزم أصبحت تكتسي ثوبا اتفاقيا منذ البداية ، والطرفان يسعيان معا جنبا إلى جنب يبدأ واحدة، يبتغيان في المقام الأول كفاءة انتظام سير مرفق الامتياز سنين عدا ، من خلال وضع

الادعاءات المتبادلة بينهما في كفتين متساويتين في الميزان ، وبما يكفل حصول
الملتزم على حقوقه كاملة في أمان وسلام.

والحقيقة أن المستثمر يرنو إلى معرفة تلك المتغيرات والمستجدات ليتحقق
لديه يقينا مدى الحفاظ على أمواله - لذلك ينبغي على الأجهزة المختصة بالترويج
للاستثمار أن تعمل بكافة السبل لنشر تلك المتغيرات عبر قنوات الإعلام ومن خلال
وسائل الاتصال بالبنوك وأسواق المال والجامعات والمؤسسات والهيئات المعنية
مطبا وخارجيا ، وذلك لجذب أصحاب رؤوس الأموال والبيوت العالمية والشركات
متعددة الجنسيات لاستثمار خبراتهم وأموالهم في مجال مشروعات البنية الأساسية
والتنمية الاقتصادية في ربوع مصر ، والتي أصبحت الأعمال تجري فيها بغير ستر
في ظل نظام الحرية الاقتصادية وآليات المنافسة الحرة.

وطالما أن النفع العام هو الغاية والقاعدة العامة التي ينبغي عليهما
ويستمد منها أحكام عقد امتياز المرفق العام ، وفي ظل آليات الحرية
الاقتصادية ، أصبح كل أمر قابل للتفاوض والحوار ثم الاتفاق ... من أجل ذلك
يتعين في مجال الامتياز بنظام الـ *B.O.T* وضع أسس و ضوابط تشريعية
تكفل وضع حقوق والتزامات كل من الإدارة والملتزم معادلة في كفتين
متساويتين فلا تميل إحداهما على الأخرى في الميزان ... على أن يؤخذ هذا الأمر
في الحسبان ، فيما يخص حقوق والتزامات الغير ، أولئك الذين تمتد إليهم آثار
عقد الامتياز وهم كثر.

وأخيرا الحمد لله تعالى جل شأنه وقد أمدني بالعزم وأنا في خريف العمر
فلم أدفر جهدا إلا وبذاته برضي ويقين مهتديا بقوله تعالى
" ولكل درجات مما عملوا وليوفهم أعمالهم وهم لا يظلمون " (٥٨١)

صدق الله العظيم

تم بحمد الله

قائمة المراجع

BIBLIOGRAPHIE

قائمة المراجع

BIBLIOGRAPHIE

أولاً : القرآن الكريم :

ثانياً: الدستور

ثالثاً : كتب التراث العربي وعددها "٥"

- | | |
|---------------------|---|
| ابن تيمية | « الفتاوى الكبرى » |
| أبي يوسف | « الخراج » دار المعرفة . |
| الإمام أحمد بن حنبل | « مسند الإمام أحمد » دار المعارف ١٩٨٥ |
| الإمام مالك | « موطأ الإمام مالك » |
| الموردي | « الأحكام السلطانية » ١٩٨٣ الفكر العربي |

رابعاً : القواميس وعددها ٧ :

- | | |
|---------------------|---|
| المورد | « منير البعلبكي بيروت ٢٠٠٠ » |
| المنجد | « الطبعة ١٩ المطبعة الكاثوليكية بيروت » |
| الوجوه والنظائر | « إحياء التراث محمد أبو العزم ١٩٩٢ » |
| المصطلحات القانونية | « يوسف شلاله منشأة المعارف » |
| المنهل الفرنسي | « دار الكتاب اللبناني بيروت ١٩٩٧ د. جبور عربي » |
| معجم "الوجيز" | « مجمع اللغة العربية . » |
| معجم "الوسيط" | « ١٩٦٠ مطبعة مصر . » |

خامساً : المراجع باللغة العربية وعددها "٩٨" :

- | | |
|---------------------|--|
| أ.د. إبراهيم أحمد | « التحكيم الدولي الخاص ١٩٩٧ النهضة العربية » |
| أ.د. إبراهيم المنجي | « التعليق على نصوص مجلس الدولة » ١٩٩٦ . |
| أ.د. إبراهيم شحاتة | « معاملة الاستثمارات الأجنبية في مصر » ١٩٧٢ |

- د. أحمد حسان القندور < "التحكيم فى العقود الإدارية للإنشاءات" ١٩٩٨
النهضة العربية.
- أ.د. أحمد شرف الدين < "أصول الصياغة القانونية للعقود" بدون سنة أو ناشر.
- أ.د. أحمد عشوش < "النظام القانونى لعقد القرض الدولى ١٩٩٠ مؤسسة
شباب الجامعة بالإسكندرية .
- د. أسامة الخولى < "البيئة وقضايا التنمية والتصنيع عالم المعرفة ٢٠٠٢
- أ.د. أويس الزنط < "أسس تقييم المشروعات ودراسات الجدوى" ١٩٩٢
المكتبة الأكاديمية .
- أ.د. توفيق شحاتة < "مبادئ القانون الإداري" ١٩٥٥ القاهرة .
- أ.د. ثروت بدوى < "النظرية العامة للعقود الإدارية" ١٩٧٦ .
- د. جابر جاد نصار < "التحكيم فى العقود الإدارية " ١٩٩٧ النهضة العربية
- أ.د. حسنى عبد الواحد < "تنفيذ الأحكام الإدارية" ١٩٨٤ القاهرة .
- أ.د. حسين درويش < "وسائل تعاقد الإدارة" ١٩٥٦ القاهرة .
- < "شرح قانون مجلس الدولة الموحد" ١٩٦١ .
- د. حسين فتحي < "التوريق المصرفي للديون : أبو المجد ١٩٩٩
- أ.م. حمدي ياسين < "القرار الإداري منشأة المعارف ١٩٨٧
- عكاشة < "العقود الإدارية" ١٩٩٨ منشأة المعارف
- أ.د. خميس السيد < "الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية"
إسماعيل لطباعة الحديثة.
- < "وقف تنفيذ القرار الإداري" ١٩٩٣ .

- أ.د. ربيع أنور فتح < "دروس في الإدارة العامة" ١٩٨٧.
- الباب < "القانون الإداري القطري والمقارن" ١٩٩٣ النهضة العربية.
- < "النظام الدستوري المصري" ٢٠٠٠ الرسالة الدولية للطباعة .
- < "القضاء الإداري - قضاء الإلغاء" ٢٠٠١ الرسالة الدولية للطباعة
- < الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستوري في فرنسا النهضة العربية ٢٠٠٠.
- أ.د. رمزي الشاعر < "قضاء التعويض" ٢٠٠٠ القاهرة .
- أ.د. رمضان محمد < "الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها" ١٩٩٢ النهضة العربية.
- < "القضاء الإداري" ٢٠٠٠ النهضة العربية.
- أ.د. سامي جمال الدين < "أصول القانون الإداري" ١٩٩٦ المطبوعات الجامعية بالإسكندرية .
- أ.د. سعد الشرفاوى < "المنازعات الإدارية ١٩٧٦ بدون ناشر
- < "دروس في دعوى الإلغاء" ١٩٨٠ بدون.
- < "القانون الإداري وتحرير الاقتصاد" ١٩٩٤ النهضة العربية
- < "العقود الإدارية" ١٩٩٩ النهضة العربية.

- أ.د. سليمان الطماوى < "القضاء الإداري - قضاء الإلغاء" ١٩٧٦ الفكر العربي .
- < "الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة" ١٩٨٤ الفكر العربي
- < "مبادئ القانون الإداري نظرية المرفق العام" ١٩٨٤ الفكر العربي.
- < "النظرية العامة للقرارات الإدارية - دراسة مقارنة" ١٩٨٤ الفكر العربي
- < "الوجيز في القانون الإداري" ١٩٨٨ الفكر العربي .
- < "القضاء الإداري قضاء التعويض" الفكر العربي ١٩٩٦
- د. شحاتة دياب < "مبدأ المساواة في دائرة الحقوق والواجبات العامة وتطبيقاته القضائية" ٢٠٠١ الناشر سمير الطوبجي.
- أ.د. طعيمة الجرف < "القانون الإداري" ١٩٧٣ النهضة العربية .
- أ.د. عادل خليل < "العقود الإدارية" ١٩٩٩ الثقافة الجامعة.
- أ.د. عادل بسيوني < "التشريع الإسلامي والنظم القانونية الوضعية الهيئة المصرية العامة للكتاب ٩٧٨ :
- أ.د. عبد الحميد الحفناوى < "تاريخ النظم الاجتماعية والقانونية" ٩٩٣ :
- أ.د. عبد الرزاق السنهورى < "الوسيط" ج ١ "التراث العربي بيروت
- أ.د. عبد العزيز خليفة < "الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري" ٢٠٠١ النهضة العربية
- أ.د. عبد العظيم عبد السلام < "أثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الإداري" ١٩٩٠ مطبعة اللواء شبين الكوم .
- أ.د. عبد الفتاح أبو الليل < "مسئولية الأشخاص العامة" ١٩٩٨ النهضة العربية.

- د. عبد القادر عطية < اتجاهات حديثة في التنمية الدار الجامعية ٢٠٠٠ .
- أ.د. عزيزة الشريف < "دراسات في العقد الإداري" ١٩٨١ النهضة العربية.
- أ.د. عصمت الشيخ < "مبادئ القانون الإداري" ١٩٩٩ النهضة العربية .
- الشيخ علي الخفيف < أحكام المعاملات الشرعية - مطبعة حجازى ١٩٤١
- أ.د. علي عبد العال < "النظام الدستوري المصري" ٢٠٠٠ الدولية للطباعة.
- أ.د. عمر حلمي فهمي < "النظرية العامة للعقود الإدارية" القاهرة ١٩٩١
- < "آثار العقود الإدارية" ١٩٩٣ القاهرة .
- أ.د. عمر ممدوح < "أصول تاريخ القانون" ١٩٥٤ الإسكندرية .
- أ.د. فؤاد العطار < "القضاء الإداري" الكتاب العربي ١٩٦١
- < "القانون الإداري" ١٩٧٦ القاهرة .
- أ.د. فتحى عبد الصبور < "الآثار القانونية للتأميم والحراسة الإدارية على الأموال" ١٩٦٧ عالم الكتب .
- أ.د. ماجد راغب الحلو < "القانون الإداري" ١٩٧٧ الطباعة والنشر الكويت .
- < "القضاء الإداري" ١٩٨٧ الإسكندرية.
- الشيخ محمد أبو زهرة < "نظرية العقد في الشريعة الإسلامية" القاهرة ١٩٣٩
- أ.د. محمد أحمد عبد < "مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية - دراسة مقارنة" ٢٠٠٠ النهضة العربية.
- النعيم
- د. محمد الجلالى < "نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل" ٢٠٠٠.
- أ.د. محمد أنس قاسم < "الوسيط في القانون العام" ١٩٨٥ .
- جعفر < "النظم السياسية والقانون الدستوري" ١٩٩٩ النهضة.
- < "العقود الإدارية" ٢٠٠٠ النهضة العربية .
- < "الوسيط في القانون الإداري والقضاء الإداري" النهضة العربية.
- أ.د. محمد حسين هيكى < "دين مصر العام" ١٩٩٩ المجلس الأعلى للثقافة .

- أ.د. محمد حلمي مراد < "مالية الدولة" ١٩٥٧ القاهرة .
- أ.د. محمد سعيد < "أحكام انقضاء عقد الامتياز المرفق العام - دراسة مقارنة" ١٩٩٥ النهضة العربية.
- حسين أمين < "الأحكام العامة للالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الإداري" ١٩٩٨ الثقافة الجامعية بالقاهرة .
- < "العقود الإدارية" ١٩٩٩ الثقافة الجامعية .
- < المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية ٢٠٠٢ جامعة عين شمس
- أ.د. محمد صالح < "دراسات جدوى المشروع ودليل تقييم الأعمال الجديدة" ١٩٨٠ المصرية الحديثة .
- الحناوي < "المرجع في القانون الإداري" ١٩٩٩ النهضة العربية بالقاهرة
- أ.د. محمد عبد الحميد أبو زيد < "تسبيب القرارات الإدارية" النهضة العربية ١٩٩٦.
- أ.د. محمد عبد اللطيف < "الاتجاهات المعاصرة في إدارة المرافق العامة" النهضة العربية ٢٠٠٠
- < "تفويض المرفق العام" دار النهضة العربية ٢٠٠٠.
- أ.د. محمد فؤاد مهنا < "القانون الإداري المصري والمقارن" ١٩٥٢ مطبعة النشر والثقافة
- أ.د. محمد كامل عبيد < "نظرية الدولة" دبي ١٩٩٤
- أ.د. محمد كامل ليلة < "النظم السياسية" ١٩٦١ .
- < "الرقابة على أعمال الإدارة - الرقابة القضائية" الكتاب الثاني ١٩٦٨ بيروت.
- أ.د. محمد أبو العينين < "إجراءات المرافعات أمام القضاء الإداري" ١٩٩٥.
- أ.د. محمد بدران < "عقد الإنشاءات في القانون المصري" النهضة العربية القاهرة ٢٠٠١

- أ.د. محمد ميرغنى < "مبدأ الشرعية التقديرية" ١٩٦١ القاهرة .
- خيرى < "القضاء الإداري ومجلس الدولة" بدون .
- د. محمود الكيلانى < "عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا" ١٩٩٥ الفكر العربى .
- أ.د. محمود حلمي < "قضاء الإلغاء" الفكر العربى ١٩٧٧
- أ.د. محمود البنا < "الوسيط في القضاء الإداري" الفكر العربى
- أ.د. محمود سامي < "قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة" النهضة العربية ١٩٩٢ جمال الدين
- د. محمود سلامة جبر < "نظرية الغلط البين في التقدير" بدون النهضة العربية.
- د. مسعود ضاهر < "النهضة العربية والنهضة اليابانية - تشابه المقدمات واختلاف النتائج" ١٩٩٩ عالم المعرفة الكويت.
- أ.د. مصطفى أبو زيد < "القضاء الإداري ومجلس الدولة - قضاء الإلغاء" منشأة المعارف . فهمى
- < "القضاء الإداري ومجلس الدولة - المرافعات الإدارية" منشأة المعارف.
- < "الوجيز في القانون الإداري" نظرية المرافق العامة الإسكندرية ١٩٩٥
- أ.د. مصطفى وصفى < "إجراءات القضاء الإداري" تنفيذ الأحكام" ١٩٧٨.
- أ.د. نبيل عبد السلام < "إعداد دراسات الجدوى وتقييم المشروعات الجديدة" ١٩٩٨ جامعة عين شمس شاكر
- أ.د. يوسف قاسم < مبادئ الفقه الإسلامى - النهضة العربية ١٩٨٥

سلاسا : الأبحاث باللغة العربية وعددها "١٥" :

- د. إبراهيم أحمد < "اختيار طرق التحكيم ومفهومه" ٢٠٠١ مجلة المحاماة العدد الأول .

- د. أحمد خفاجي < رتبوه مفاوضات العقود الدولية والتشريع العقابي
المصري - العمولات " ١٩٨٦ مجلة المحاماة .
- أ. السيد ياسين < " مفهوم العولمة " مركز دراسات الوحدة العربية
بيروت ٢٠٠٠
- د. أنور رسلان < " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة " بمجلة
القانون والاقتصاد .
- د. عبد الرحمن طه < " التأمين في دعم وتشجيع الاستثمار " مؤتمر
الـ B.O.T الدولي المنعقد في القاهرة يناير ٢٠٠١ .
- د. عبد العزيز خليفة < " إلغاء القرار الإداري لحياذه عن الهدف المخصص
لإصداره ٢٠٠١ مجلة المحاماة العدد الأول .
- أ.د. علي صفوت < " مجلس الدولة قاضي الوقائع " ١٩٥٤ مجلة مجلس
الدولة .
- أ.د. فؤاد العطار < " وسائل تعاقد الإدارة - نظرية المناقصة والممارسة"
مجلة مجلس الدولة السنتين ٦٥٠ .
- أ.د. محمد أنس قاسم < " نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة - دراسة
مقارنة " ١٩٩٥ .
- د. محمد الحلفاوي < " استراتيجيات واساليب التفاوض " ١٩٨٦ أكاديمية
البحث العلمي .
- أ.د. محمد بدران < " نحو أفاق جديدة للخصخصة " ، جامعة القاهرة بدون .
- د. نزيه حماد < " العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها " مجمع الفقه
الاسلامي ١٩٩٦ .
- أ.م. عبد العزيز < " الشروط المجحفة في اتفاقيات نقل التكنولوجيا "
١٩٨٦ أكاديمية البحث العلمي .
- أ.م. محمد سليمان < " استراتيجيات مشروعات الامتياز بنظام الـ B.O.T "
١٩٩٩ تقرير وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية .
- غزال

أ. د. يحيى الجمل < رقابة مجلس الدولة الفرنسي على الغلط للبين
للادارة فى تكييف الوقائع " مجلة القانون والاقتصاد
١٩٧١ .

سابعا : الرسائل باللغة العربية وعددها "١٧" :

- د. إبراهيم قادم < عقود نقل للتكنولوجيا حقوق عين شمس-٢٠٠٢
أ.د. السيد محمد إبراهيم < الرقابة على الوقائع ، قضاء الإلغاء ١٩٦٣ .
أ.د. أحمد عياد < مظاهر السلطة العامة فى العقود الادارية " ١٩٧٣ .
د. بلال عبد المطلب < مبدأ حسن النية فى مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية
- دراسة مقارنة " ٢٠٠١ حقوق عين شمس .
د. جاسر محمد زكريا < " مفهوم العالمية فى القانون الدولى المعاصر "
حقوق عين شمس ٢٠٠١
أ.د. سمير إسماعيل < " الاعتبار للشخصى فى التعاقد " ١٩٧٥ حقوق الإسكندرية
أ.د. صلاح عبد البديع < " سلطة الإدارة فى إنهاء العقد الإدارى " ١٩٩٢ حقوق
للزقازيق .
أ.د. عبد المجيد فياض < " نظرية الجزاءات فى العقد الإدارى " ١٩٧٤ جامعة
القاهرة .
أ.د. عصام البرزنجى < " السلطة التقديرية والرقابة القضائية " ١٩٧٠ القاهرة .
أ.د. على الفحام < " سلطة الإدارة فى تعديل للعقد الإدارى "
١٩٧٥ جامعة عين شمس .
د. عوض الله شيبه < " النظام القانونى لعقود المنشأة الصناعية بين الدولة
والشركات الاجنبية الخاصة " ١٩٩٢ جامعة اسيوط .
أ.د. محمد عبد العال < " فكرة السبب فى القرار الإدارى ودعوى الإلغاء
- جامعة القاهرة ١٩٧١
أ.د. محمد سعيد حسين < " الاسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الادارة
أمين
د. مهند مختار نوح < " الإيجاب والقبول فى العقد " عين شمس ٢٠٠١

أ.د. محمد ميرغني < " نظرية التعسف في استعمال الحقوق الإدارية " حقوق عين

شمس ١٩٧٢

خيرى

د. ناصر بن سيف < " الوقف عن العمل وسلطة الإدارة " حقوق عين

شمس ٢٠٠١

الشمسي

أ.د. هارون الجمل "النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة"

١٩٧٩ عين شمس .

ثامناً : تقارير و أوراق عمل وندوات ومؤتمرات وعندها " ٨ " :

< تقرير أعمال المؤتمر الدولي عن "المشروعات بنظام الـ B.O.T" يناير ٢٠٠١ .

< تقرير مؤتمر القاهرة الأول للتعاون والتنمية عام ٢٠٠٠ وموضوعها "الشفافية أساس الاقتصاد الحر" .

< تقرير مؤتمر المنظمة المصرية للشفافية عضو المنظمة العالمية للشفافية ببرلين برعاية جماعة الإدارة العليا عن "الشفافية لمواجهه مشاكل الإدارة".

< تقرير الإدارة السياسية لجامعة الدول العربية عن "أعمال المؤتمر الدولسى العاشر للعلوم الإدارية" فبراير ١٩٥٧ .

< تقرير عن "الأنظمة التعاقدية ومقتضيات التجارة الدولية" معهد قانون الأعمال الدولي يناير ١٩٩٢ .

< تقرير وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية عام ٢٠٠٠ " القواعد والمبادئ الرئيسية للسياسة الاقتصادية في مصر"

< ورقة العمل المقدمة فى المؤتمر الدولي للمشروعات بنظام الـ B.O.T فى يناير ٢٠٠١ عن "تجربة الهيئة العامة للطيران المدنى فى مجال تنفيذ المطارات بنظام الـ B.O.T" .

< ورقة العمل المقدمة فى المؤتمر الدولي للمشروعات بنظام الـ B.O.T " فى يناير ٢٠٠١ عن "تجربة وزارة الإسكان والمرافق والمجتمعات العمرانية فى مجال مشروعات المياه بنظام الـ B.O.T" د. بيلي حسني البيلي.

تاسعا : مقالات وعددها "٥" :

- أ.د. أحمد فتحي سرور < "القضاء الواقف" مجلة أخبار المحاماه ٢٠٠٢
- أ.د. إسماعيل صبري < "أبرز معالم الجدة في نهاية القرن العشرين" مجلة عبد الله
- عالم الفكر مجلد ٢٦ عدي ٤٣ ١٩٩٨
- أ. رشدي عبد الفتاح < "٥٠ مليار جنيه لمشروعات الـ B.O.T" مجلة الاهرام الاقتصادي ٢٤ يوليو ٢٠٠٠ .
- م. فاروق سيف النصر < "القضاء الواقف مجلة أخبار المحاماه ٢٠٠٢
- أ.م. محمود محمد فهمي < "الحقائق في نظام الـ B.O.T" مجلة الاهرام الاقتصادي ٢١ فبراير ٢٠٠٠ .

عاشرا : المراجع باللغة الإنجليزية وعددها "٣" :

- Oswaldo de Rivero B. • « New economic order & international development law » 1980 Oxford.
- T. Parker Moon • « Imperialism & world policies » 1967 Mcmillan New York.
- U.N.I.D.O • « B.O.T U.N.I.D.O guidelines » 1995.

حادي عشر : المراجع المتخصصة باللغة الفرنسية وعددها "٣٢" :

- Azibert M. & De • « Chronique de jurisprudence » sous Boisdeffre M. C.E. 2 Sté T.V6 et A.J.D.A..1987
- Benoit P, • Le droit administratif francais Dalloz, Paris, 1968
- Bettinger Ch. • « L'évolution de la concession notion du droit administratif » 75 Paris T 2.
- Blondeau A. • « Concession de service public » 1929 Grenoble.
- Bonnard R. • « Précis de droit administratif » 1943 4e.
- Caillosse. J, • La modernisation de l'état, A.J.D.A. 1991, p755 et S.
- Colson • « Cours d'une économie politique » 1910 Paris.
- Chapus R. • « Droit administrative générale » 1988 Tome 1 Paris.
- Coudevylle A. • « Contribution à la théorie générale du service public » 1976 Bordeaux.

- Dévolvé P.** • *« Responsabilité contractuelle, épertoire de la responsabilité de puissance publique » 1987 Dalloz.*
- Dufau J.** • *« Les concessions de service public » 1984 J.C.A..*
- Flamme** • *« Traité théorique et pratique des marchés publics » 1969 Bruxelles T 2.*
- Gallay C.** • *« Les contrats entre personnes publiques » 1987 Toulouse.*
- Gaudement Y- Strin B- Rolin. F, et Ealra. TH. D,** • *Les grands avis du conseil d'état, Dalloz, 1997.*
- Hostiou. R,** • *Procedures et formes de l'acte administratif unilatéral et droit administratif français, these, L.G.D. J, paris, 1975*
- Jéze G.** • *« Les principes généraux du droit administratif » 1934 Paris 3e.*
• *« Les contrats administratifs de l'état, des départements et des établissements publics » Paris 1927 Tome 1, 1932 Tome 2, 1934 Tome 3, 1936 Tome 4.*
- Laubadère A. D.** • *« Traité théorique et pratique des contrats administratifs » 1956 Paris .*
• *« Traité des contrats administratifs » 1984 Paris 2 Tome avec Moderene F. & Dévolvé P.*
- Lecomte F.** • *« Le rachat des concessions » 1942 Paris.*
- Long M.** • *« Les grands arrêts de la jurisprudence administrative » 1990 Paris 9e édition sirey avec Weil P. & Braibant G. & Dévolvé P. & Genevois B..*
- Madoit Y.** • *« Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral, recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français » 1971 Paris.*
- Mignon M.** • *Declin d'une technique Classique – L'adjudication. D. Chro.*
- Monsarrat G.** • *« Concessions des communes, publication administratives » 1948 Paris.*

- Pequignot G.** • « Les contrats de l'administration du juraient classeur administratif »
- Quancard M.** • L'adjudication des marchés puplics de travaux et de fournitures.
- Richer. L,
Rainaud J,** • Les contrats administratifs, 1991
- Le contrat administratif- Volonte des parties ou lois des services puplics ? R.D.p, 1985
- Tawfik Chehata** • « La concession de service public » 1941 Paris.
- Terneyre PH.** • L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratif A.J.D.A,1996.
- Vedel G.** • « Droit administratif » 1988 Paris avec Dévolvé P..
- Waline** • « Traité de droit administratif » 1963 Paris 9e.
- « Traité élémentaire de science et de législation financière »

ثاني عشر : الرسائل باللغة الفرنسية وعددها "٥" :

- Fouad El Attar
Monsarrat** • « Le marche de travaux publics » 1955.
- « Le Comtepassol d'une théorie d'ensemble de sortie public un aspect de sertisse public de le solution dois dressait publique » 1934 Paris.
- Pequignot** « Théorie générale du contrat administratif thèse Montpellier » 1945 Paris.
- Tewfik Chehata** • « La concession de service public » 1949.
- Sariot Badoui** • « Le fait du prince dans les contrats administratif » 1955.

ثالث عشر : المجلات و مجموعات الأحكام الفرنسية وعددها ٧ :

- L'actualité juridique de Droit Administratif (A.J.D.A).
- Jurisclasseur Administratif (J.C.A.).
- Jurisclasseur periodique (J.C.P.).
- Recueil des arrêts du conseil d'Etat (Rec.).
- Recueil Dalloz (D.).
- Recueil sirey (S.).
- Revue du Droit public (R.D.P.).

رابع عشر: المجلات ومجموعات الأحكام والوثائق وعددها "١٥"

◀ مجموعات أحكام المحكمة الدستورية العليا

◀ مجموعات أحكام محكمة القضاء الإداري

◀ مجموعات الأحكام الإدارية العليا.

◀ مجموعات الفتاوى

◀ مجموعات أحكام النقض .

◀ مجموعات التشريع والقضاء المختلط

◀ مضابط مجلس الشعب .

◀ مضابط مجلس الشيوخ والنواب .

◀ مجلة قضايا الدولة

◀ مجلة المحاماه ، ومجلة أخبار المحاماه

◀ مجلة الأهرام الاقتصادي

◀ مجلة عالم الفكر

◀ مجلة القانون والاقتصاد

◀ الوقائع المصرية

◀ الجريدة الرسمية

الفهرس

Table Des Matieres

الفهرس

Table Des Matieres

الصفحة

١	المقدمة
١١ نظرة عامة في مفهوم عقد الامتياز وتطوره	باب تمهيدي
١٥ مفهوم عقد امتياز المرفق العام	الفصل الأول
١٦ التعريف بعقد امتياز المرفق العام	المبحث الأول
١٩ الطبيعة القانونية لعقد الامتياز	المبحث الثاني
٢٣ تطور مفهوم عقد الامتياز	الفصل الثاني
٢٧ تطور مفهوم عقد الامتياز في فرنسا	المبحث الأول
٢٩ التعريف الجديد لعقد الامتياز في فرنسا	المطلب الأول
٣١ تطور مجالات عقد الامتياز في فرنسا وتعدد صورته	المطلب الثاني
٣٦ تطور مفهوم عقد الامتياز في مصر	المبحث الثاني
٤٠ تطور مفهوم عقد الامتياز وتنوع مجالاته وتعدد صورته	المطلب الأول
٦٧ تطور مفهوم الأحكام العامة لعقد الامتياز في مصر	المطلب الثاني
٨٩ إبرام عقد الامتياز	الباب الأول
٩٨ كيفية اختيار المتعاقد في عقد الامتياز	الفصل الأول
١٠٠ مرحلة اختيار المتعاقد في عقد الامتياز	المبحث الأول
١٠١ مبدأ العلانية والمنافسة الحرة والشفافية	المطلب الأول
١٠٥ مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص في عقد الامتياز	المطلب الثاني
١١٣ مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد في عقد الامتياز	المطلب الثالث
١٣١ إعداد وصياغة مشروع عقد الامتياز	المبحث الثاني
١٣٣ القيود السابقة على التعاقد	المطلب الأول
١٣٦ دور الشكل في إبرام عقد الامتياز	المطلب الثاني
١٤٠ الترخيص بإبرام عقد الامتياز	المبحث الثالث
١٤٢ التصريح (أو الإذن) بالتعاقد	المطلب الأول

١٤٦	آثار إبرام عقد الامتياز و التخلف عن إبرامه.....	المطلب الثاني
١٤٩	كيفية اختيار المتعاقد في ظل نظام الـ B.O.T.....	الفصل الثاني
١٥٣	الإجراءات السابقة على التعاقد في عقد إمتياز الـ B.O.T.....	المبحث الأول
١٥٧	إعداد دراسات الجدوى.....	المطلب الأول
١٥٩	طلب التأهيل وطلب تقديم العروض.....	المطلب الثاني
١٦٢	مرحلة تقييم العطاءات واختيار أفضل العروض.....	المطلب الثالث
١٦٦	مرحلة إعداد وصياغة مشروع عقد امتياز الـ B.O.T.....	المبحث الثاني
١٦٨	مرحلة المفاوضات.....	المطلب الأول
١٧٢	مرحلة صياغة مشروع عقد الامتياز.....	المطلب الثاني
١٧٥	مرحلة إعداد مشروع عقد امتياز الـ B.O.T.....	المطلب الثالث
١٧٧	التصريح بالتعاقد وإبرام العقد بنظام الـ B.O.T.....	المبحث الثالث
١٨١	آثار عقد الامتياز.....	الباب الثاني
	التزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في عقد الامتياز	الفصل الأول
١٨٥	وامتياز الـ B.O.T.....	
	التزامات المتعاقد وحقوقه في عقد الامتياز وامتياز الـ	المبحث الأول
١٨٦	B.O.T.....	
١٨٧	التزام المتعاقد بتنفيذ العقد بنفسه.....	المطلب الأول
٢٢١	حقوق المتعاقد في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T.....	المطلب الثاني
	سلطات الإدارة والتزاماتها في عقد الامتياز وامتياز	المبحث الثاني
٢٣٩	الـ B.O.T.....	
	سلطة الإدارة في عقد الامتياز وامتياز	المطلب الأول
٢٤٠	الـ B.O.T.....	
	التزامات الإدارة في عقد الامتياز وامتياز الـ	المطلب الثاني
٢٨٩	B.O.T.....	
٢٩٩	التوازن المالي لعقد الامتياز.....	المبحث الثالث
	كيفية إعادة التوازن المالي لعقد الامتياز في ظل الظروف	المطلب الأول
٣٠٨	المتوقعة أو العادية.....	

٣١٢ غير المتوقعة	المطلب الثاني
٣٤٨ آثار عقد الامتياز بالنسبة للغير	الفصل الثاني
٣٥٠ التزامات المنتفعين في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T	المبحث الأول
٣٥٤ حقوق المنتفعين في عقد الامتياز	المبحث الثاني
٣٦٤ الأساس القانوني لامتناد آثار عقد الامتياز إلى الغير	المبحث الثالث
٣٦٥ نظرية الاشتراط لمصلحة الغير	المطلب الأول
٣٦٧ الطبيعة القانونية للعقد الإداري وتبرير كل حالة	المطلب الثاني
٣٧١ نهاية عقد الامتياز	الباب الثالث
٣٧٥ B.O.T. النهاية الطبيعية لعقد الامتياز وامتياز الـ	الفصل الأول
٣٧٦ إنتهاء مدة عقد الامتياز	المبحث الأول
٣٧٧ تجديد وامتداد عقد الامتياز	المبحث الثاني
٣٧٩ B.O.T. إنتهاء وتجديد وامتداد عقد الامتياز بنظام الـ	المبحث الثالث
٣٨١ النهاية المبسرة لعقد امتياز المرفق العام	الفصل الثاني
٣٨٢ استرداد الالتزام وفسخ العقد	المبحث الأول
٣٨٣ الاسترداد في عقد الامتياز وامتياز الـ B.O.T	المطلب الأول
٣٩٠ حالات الاسترداد	المطلب الثاني
٤٠٥ B.O.T. فسخ عقد الامتياز وامتياز الـ	المطلب الثالث
٤٠٧ B.O.T. إسقاط الالتزام وامتياز الـ	المبحث الثاني
٤٠٨ جزاء الإسقاط وطبيعته القانونية	المطلب الأول
٤١١ شروط ممارسة إسقاط الالتزام	المطلب الثاني
٤١٥ الآثار القانونية المترتبة على جزاء الإسقاط	المطلب الثالث
٤١٧ رقابة القضاء على قرار إنهاء عقد الامتياز	المبحث الثالث
 رقابة القضاء لأوجه الشروعية والملاءمة والغلط البين	المطلب الأول
٤١٨ لقرار إنهاء الالتزام	المطلب الثاني
 رقابة القضاء مدى استيفاء قرار إنهاء الامتياز شرط التسبيب	
٤٢٤ واتخاذ الإجراءات التمهيدية	
٤٣١ أحكام التصفية المالية لعقد امتياز المرفق العام	الفصل الثالث

٤٣٢	مسير الأموال والأنوات المستعملة في مرفق الامتياز.....	المبحث الأول
٤٣٤	تصنيف الحسابات بين الإدارة والمقرم.....	المبحث الثاني
٤٣٥	أحكام التصنيف المالية لعقد الامتياز بنظام الـB.O.T.....	المبحث الثالث
٤٣٩	تقدير وسيلة الالتزام في مصر.....	

٤٤٩	الخاتمة
-----	-------	----------------

٤٨٧	قائمة المراجع
٥٠٣	الفهرس

« قالوا عن هذا الكتاب »

« جريدة العالم اليوم »

امتياز الـ (B.O.T) .. يتيم يجد أبا !



ذات صيف في مدينة استانبول ..

كنت أركب التاكسي من ميدان «تقسيم» -

أُسبِه بميدان التحرير في القاهرة- حيث

الفندق الذي أقيم به. لأعبر الجزء

الآسيوي من المدينة، فوق الجسر المعلق

على البوسفور، إلى القسم الأوروبي منها

الشهير باسم « سارير ».. هناك بلاجات

الطن كم، أي شاطئ الذهب، و « المظكم » بمعنى شاطئ الأماط، وقصور

أثرياء العرب على سفوح الجبال المفعمة بالخضرة وهي تتحدر نحو مياه

البوسفور الزرقاء في عناق خلاب !

حاز انتباهي آلاف الليرات التركية التي دفعها سائق التاكسي.. وكل

سائق يعبر كرسى عبور للجسر المعلق، وتوهمت أن كل هذه الموائد إنما

تصب في خزينة الحكومة التركية !

لكنى تكشفت ضلالي الاقتصادي وأنا أشهد مناقشة رسالة فريدة

للدكتورة في كلية حقوق عين شمس، موضوعها : « عقد امتياز المرفق

العام » وهو أشهر العقود الإدارية التي اتخذتها الرأسمالية أداة ناجحة

لإنشاء وإدارة واستغلال المرافق العامة، وفق نظام الـ (B.O.T) ، بعد اندلاع

حرية السوق إثر انهيار النظام الاشتراكي .. ذكر صاحب الرسالة إبراهيم

الدسوقي الشهاوى وكيل وزارة الاقتصاد سابقاً، أن جسر البوسفور المعلق هو أحد إنجازات امتياز (B.O.T) .. وأن العائد يعود بالطبع للملتزم طوال مدة الالتزام.. وأن تورجوت أوزال رئيس الحكومة التركية الراحل.. هو أول من صك اسم عقد الالتزام المرموز إليه بحروف (B.O.T) ، وذلك غداة اجتماعه برجال الأعمال فور فوزه بمنصب رئاسة الحكومة فى عام ١٩٨٢ .. وكان برنامجه الانتخابى الذى جاء به إلى السلطة يقوم على نهج اقتصادى يأخذ بأسلوب الخصخصة وامتياز الـ (B.O.T) فى مجال إنشاء وإدارة مشروعات البنية الأساسية ذات التكلفة المرتفعة .

وحروف (B.O.T) التى ترمز لعقد الامتياز تفسر أحكام العقد الثلاثة.. أولها أن يبنى الملتزم المشروع (Build) .. ثم يشغله ويديره (Operate) مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدمات المشروع.. ويعيد أخيراً نقل ملكية المشروع (Transfer) إلى الدولة بجميع أصوله، دون مقابل، بعد انتهاء عمر الامتياز المتعاقد عليه!

لمواجهة العولة الداهمة!

حرصت على أن أقرأ رسالة دكتورة الباحث إبراهيم الشهاوى كاملة : ٥٠٨ صفحة ، ٤ أبواب، ٢١٧ مرجعاً بالعربية والفرنسية والإنجليزية، من بينها ١٧ رسالة دكتورة، وتقارير ومجريات ندوات ومؤتمرات، وموسوعات علمية، وأحكام للقضاء المصرى والفرنسى.. لكها جميعاً للاستئناس واستقاء ما يخدم التكوين التحليلى النهائى للرسالة المرجع، التى لم يسبقها مرجع عن الموضوع بأية لغة من اللغات الحية!

نحلق بين سطور الرسالة نستخلص من دسمها مايسمح به المقام

أول امتياز عرفته مصر هو الامتياز الذى منحته عام ١٨٥١ للمهندس البريطانى جورج ستيفنسون، لإنشاء أول خط حديدى فى أفريقيا يربط بين الإسكندرية والسويس مرورا بالقاهرة أما الامتياز الثانى والأكثر شهرة فكان امتياز حفر قناة السويس الممنوح لفرديناند ديليسبس بالفرمان الصادر ٣٠ سبتمبر ١٨٥٤ .. والمجيب أن عقود الامتياز فى مصر ظلت حوالى ٧٢ عاما دون نص تشريعى يحكمها إلى أن صدر دستور ١٩٢٣

وبعد خروج مصر من زقاق الاشتراكية إلى ميدان حرية السوق الفسيح، فقد منح لثلاث شركات مصرية امتياز إنشاء وتشغيل وإدارة مطارات مرسى علم ورأس سدر والعلمين سنة ١٩٩٨ كما اتفقت وزارة الأسكان والتعمير مع إحدى الشركات الأجنبية على إنشاء محطة لتحلية المياه فى خليج السويس بتكلفة حوالى مليار جنيه، لكن الشركة اختلفت مع الوزارة على حجم طاقة المياه المخصصة للحكومة ولحدودى الدخل .. وفشل المشروع !

وفى مرحلة العولة الداهمة ، تعاظمت حاجة مصر إلى مشروعات الامتياز .. وتم عقد مؤتمر دولى لمشروعات ال (B.O.T) فى القاهرة سنة ٢٠٠١ وأعلن د. عاطف عبيد رئيس الوزراء فى كلمته للمؤتمرين أن مصر لاتضع أية قيود على حركة رؤوس الأموال ، وتفتح ذراعيها لزيادة المشروعات بنظام ال (B.O.T) لتعظيم القيمة المضافة للاقتصاد القومى، بشرط واحد: أن يتم تحديد أسعار الخدمات على نحو يتماشى مع مستوى محدودى الدخل !

ويؤكد الباحث فى رسالته أنه إذا ما أحسن اختيار الشركات التى تسند إليها مشروعات الـ (B.O.T) وفق شروط و ضمانات واضحة لا لبس فيها، فلاشك فى تعاظم المردود الايجابى على البورصة والميزانية العامة والقطاع المصرفى بصفة خاصة. فضلا عن الاقتصاد القومى بوجه العموم!

شاب .. فى الـ ١٧٢

وفى نقاط سريعة يجمال الباحث فى رسالته الآثار المالية والاقتصادية لمشروعات الامتياز بنظام الـ (B.O.T) . منها : عدم تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء مالية. تنشيط العمل فى البنوك وشركات التأمين وقطاع سوق المال. التخفيف من حدة البطالة وتعظيم فرص استثمار رأس المال العربى والأجنبى.

لكنه يتوجب إصدار تشريع لنظام الـ (B.O.T) وهو حلم من أحلام الحكومة المصرية لم تحققه حتى الآن..! كذلك لابد من تطوير التشريعات العربية فى مواجهة التغيرات القانونية المصاحبة للعملة، والتأكيد بأن دور الدولة فى ظل العملة لايفيب، بل يزداد الاحتياج إليه لتحفيز قوى الإنتاج ومضاعفة الإنتاجية كما وكيفا.

كذلك من المهم الحفاظ على حقوق المستثمرين، ومايرتبط بالنشاط الاقتصادى من قواعد مساندة لحسن إدارة تنظيماته ومؤسساته.. والتأكيد على أهمية الاستقرار القانونى والأمن التشريعى، باستصدار قوانين تتلاءم واقتصاديات السوق.. فالنشاط الاقتصادى ممتد فى الزمن، وجوهره التعامل مع المستقبل والرهان عليه.. وعقد امتياز

ال (B.O.T) ذو أجل ممتد لمدة عقود زمنية.. وحاجته إلى الاستقرار القانونى والأمن التشريعى ماسة فى الحال والمآل.

بعد التداول أعلن رئيس اللجنة نجاح د. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوى بتقدير امتياز، وبأن الرسالة وهى البحث الوحيد فى الموضوع لترجع إليه الجامعات وأصحاب الاختصاص فى الدولة.. وضاف رئيس اللجنة فى بيانه بأن الرسالة: «عالجت موضوعاً على درجة بالغة من الأهمية، يعتبر موضوع الساعة » ١

وفى كلمات بليغة قالها أ. د. محمد سعيد حسين المشرف للدكتور إبراهيم الشهاوى بعد بنجاحه... « لقد جسمت لنظام ال (B.O.T) كيانا.. كان يتيما ، والآن أصبح له أب » ٢

... بالمناسبة : د. إبراهيم شاب فى ال ٧٢ ١

من ستيفنسون وديليسبس إلى مشروع مطار مرسى علم

رسالة جامعية ترصد تطور

مشروعات B.O.T فى مصر

أوصت دراسة جامعية حول «عقد امتياز المرفق العام وفق نظام ال (B.O.T) بضرورة إنشاء هيئة أو جهاز بحوث يتألف من عناصر قانونية

وإدارية وفنية ومالية من ذوى الخبرة فى مجال دراسة وتقييم المشروعات للنهوض بالمشروعات المراد إنشاؤها بنظام (B.O.T) وطالبت الدراسة التى أعدها المستشار إبراهيم الشهاوى لنيل

من ستيفنسون وديليسبس إلى مشروع مطار مرسى علم

رسالة جامعية ترصد تطور مشروعات B.O.T فى مصر

أوصت دراسة جامعية حول «عقد امتياز المرفق العام وفق نظام ال (B.O.T) بضرورة إنشاء هيئة أو جهاز بحوث يتألف من عناصر قانونية

درجة الدكتوراه من كلية الحقوق جامعة عين شمس بضرورة توفير تأمين إضافى لدى شركات ومؤسسات التأمين إلى جانب مظلة التأمين ضد المخاطر المكفولة لمشروعات (B.O.T) ووضع إطار تنموى يحدد مجالات الإستثمار وأبعاده الإقتصادية والإجتماعية فى ظل سياسة تعظيم دور القطاع الخاص وتقنين التشريعات التى تكفل جذب المستثمرين وحماية أموالهم فى المشروعات وما يرتبط بالنشاط الإقتصادى من قواعد وأحكام مساندة لحسن إدارة منظماته ومؤسساته والتأكيد على أن دور الدولة فى ظل العولة لا يغيب بل تزداد الحاجة إليه لتحفيز قوى الإنتاج ومضاعفته

واحكام الرقابة على سلامة الأعمال.

وأوصت الرسالة بأهمية الإستقرار القانونى والأمن التشريعى فاستمرار قوانين لا تتفق مع التطورات ومتغيرات العصر وتحولاته يعد مظهرا من مظاهر عدم الإستقرار بما يخلفه من أوضاع شاذة بين قانون مطبق وواقع جديد .

وأكد الباحث ضرورة إحاطة المستثمر بالمميزات والعقبات التى تواجه مشروعه من خلال إلمامه بالقوانين والتشريعات المنظمة للأنشطة الإستثمارية ودعم دور جمعيات حماية المستهلك للحفاظ على توازن حقوق والتزامات المتفعين بخدمات مرافق الامتياز ومنحها الأدوات والمقومات اللازمة لمواجهة حالات رفع قوائم الأسعار أو خفض نوع الخدمة وغيرها .

ويقول الباحث فى مقدمة الرسالة: إن أول من أطلق إصطلاح الـ B.O.T فى نهاية القرن العشرين هو الرئيس الراحل توريوت أوزال فى تركيا تعبيرا عن النهج الإقتصادى وفق برنامج الإنتخاب الذى نجح على أساسه بالإعتماد على القطاع الخاص، من خلال الأخذ بأسلوب الخصخصة، وإمتياز الـ B. O. T فى مجال إنشاء وإدارة وتشغيل مشروعات البنية الأساسية ذات التكاليف المرتفعة.

وعقد إمتياز الـ B. O. T هو أن تعهد الإدارة إلى الملتزم على نفقته وتحت مسئوليته بمهمة إنشاء وإدارة وإستغلال مرفق عام لمدة معينة، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين بخدماته، على أن تنتقل ملكية المرفق إلى الدولة بكل مقوماته المادية والمعنوية دون مقابل ، بعد إنتهاء المدة المحددة للإمتياز .

هذا وقد نشأ إمتياز المرفق العام منذ أوائل القرن التاسع عشر وليد فكرة

المرفق العام تحكمه القواعد والمبادئ والأصول العامة المستمدة من أحكام المرافق العامة، ويظل الإمتياز فى تطوره موصولاً فى الخضوع لهذه القواعد.

ولقد ظهر واضحاً أثر التغيير والتطوير نتيجة الأخذ بمنهج الحرية الإقتصادية حين إختارت مصر نظام إمتياز ال B. O. T وسيلة لإنشاء وإدارة وإستغلال المرافق العامة، لما تميزت به آليته الجديدة من تنوع فى مجالات نشاطه وتعدد صوره وإتاحة الأساليب والتقنيات المبتكرة فى مجال تمويل مشروعات إمتياز المرافق العامة وتشغيلها وتأهيلها وتحديثها وتجديدها وتصميمها، وقد كان منح الإمتياز فيما مضى قاصراً فقط فى مجال إدارة مشروعات الإمتياز، وأول إمتياز عرفته مصر هو الإمتياز الممنوح للمهندس الإنجليزى جورج ستيفنسون عام ١٨٥١ لإدارة أول خط حديدى فى أفريقيا يربط بين الإسكندرية والسويس مروراً بالقاهرة، وكان عقد الإمتياز الثانى وأشهرها إمتياز قناة السويس عام ١٨٥٤.

وأول إمتياز مُنح بعد التأميم هو لإنشاء وإدارة وإستغلال وإعادة ثلاث مطارات بكل من: مرسى علم، العلمين ورأس سدر وفق قرارات مجلس الوزراء أرقام ١، ٢، ٣، لسنة ١٩٩٨ إستناداً إلى القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٧ الصادر فى شأن المرافق العامة.

وتكمن أهمية إختيار موضوع الرسالة فى أن المكتبة العربية فى حاجة ماسة إلى مؤلف يضم شتات مادة عقد الإمتياز، كما أن نظام ال B. O. T لم يعط بالدراسة لحدائثة نشأته، لذا تضمن البحث دراسة مفهوم عقد الإمتياز وتطوره بكل من فرنسا ومصر فى باب تمهيدى، ثم بيان أحكام

الإمتياز وتطورها في مختلف مراحل إبرام العقد وفي آثاره وإنقضائه من خلال ثلاثة أبواب رئيسية.

وتعرضت الرسالة لمفهوم عقد الإمتياز وتطوره لدى كل من فرنسا ومصر في فصلين أولهما مفهوم هذا العقد والتعريف به في ضوء رأى الفقه وأحكام القضاء وبيان طبيعته القانونية، وإيضاح أن القواعد المتعلقة بعقد الإمتياز مستمدة من أحكام القضاء في المقام الأول.

كما تناولت الرسالة تطور مفهوم نظام الإمتياز وتنوع مجالاته وتمدد صورته وتطور أداة منح الإمتياز عبر ثلاث مراحل زمنية، فقد كان الإمتياز يتم في المرحلة الأولى بمنحة من السلطان وحده ، وفي الثانية بموجب قانون يصدر من البرلمان، وفي المرحلة الثالثة إختص مجلس الوزراء بمنح الإمتياز بنظام الـ B. O. T وتحديد شرطه وأحكامه بناء على نص القانون.

وتعرضت الرسالة للآثار المالية والإقتصادية لمشروعات الإمتياز بنظام الـ B. O. T وأهمها عدم تحميل الميزانية العامة للدولة أية أعباء مالية.

■ جريدة الجمهورية

عمره (٧٢) عاما ويحصل على الدكتوراه في B.O.T

اطلبوا العلم من المهد إلى اللحد

مثل شهير حققه ابن قويسنا الباحث

إبراهيم عبد اللطيف الشهاوى - ٧٢

عاما - بخصوله على درجة

الدكتوراه في القانون عن عقد

امتياز المرفق العام B.O.T من كلية

بيش المدينة

عمره (٧٢) عاما ويحصل على الدكتوراه في B.O.T

تقدمت لطلب العلم من المهد إلى اللحد... (نص مقتضب من المقابلة)



المقابلة أجراها: محمد الشهابي - ١٩٩٠

الحقوق جامعة عين شمس بتقدير امتياز .

أكدة لجنة المناقشة برئاسة أ.د. محمد أتس جعفر نائب رئيس
جامعة القاهرة وأ.د. ربيع فتح الباب أستاذ القانون العام وكيل الحقوق
جامعة عين شمس وأ.د. محمد سعيد حسين أمين أستاذ القانون العام
أهمية موضوع الرسالة عن نظام B.O.T لعدم وجود قانون منظم لهذا النوع
من التعاقد حيث استطاع الباحث اجتياز الصعوبات لعدم وجود كتب أو رسائل
عن هذا الموضوع وقدم الكثير من المقترحات.

**أشاروا إلى أن كبر سن الباحث كان ميزة كبيرة لأن ذلك انعكس أثره
بعنكة الشيوخ في هذه الرسالة القيمة التي تعتبر إضافة للمكتبة العربية.**

الباحث إبراهيم عبد اللطيف الشهاوى - وكيل وزارة الاقتصاد
السابق- أحيل للمعاش عام ١٩٩١ حصل على ليسانس الحقوق عام ١٩٥٧
بتقدير جيد ودبلوم عام القانون ١٩٧٤ ودبلوم العلوم الاقتصادية والمالية عام
١٩٧٧ وبدأ رحلته للحصول على الدكتوراه عام ١٩٩٩.



رقم الإيداع
٨٣٧٨
٢٠٠٣/٤/١٩



